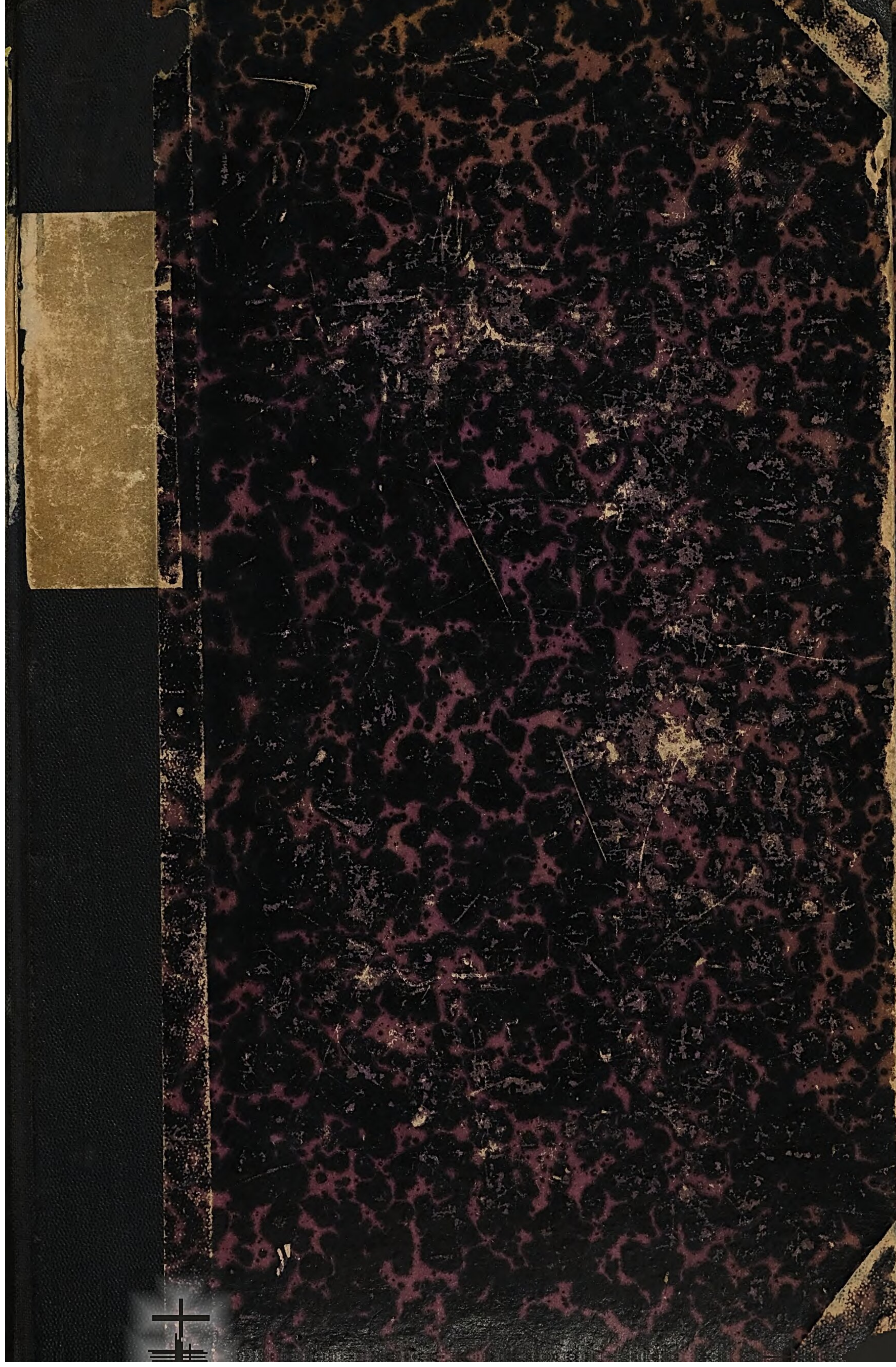




Crim.

83 2

Engelmann

Bayerische Staatsbibliothek



<36656409550019

A

Die Schuldlehre
der
Postglossatoren
und
ihre Fortentwicklung.

Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre
der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius.

H. u. l.

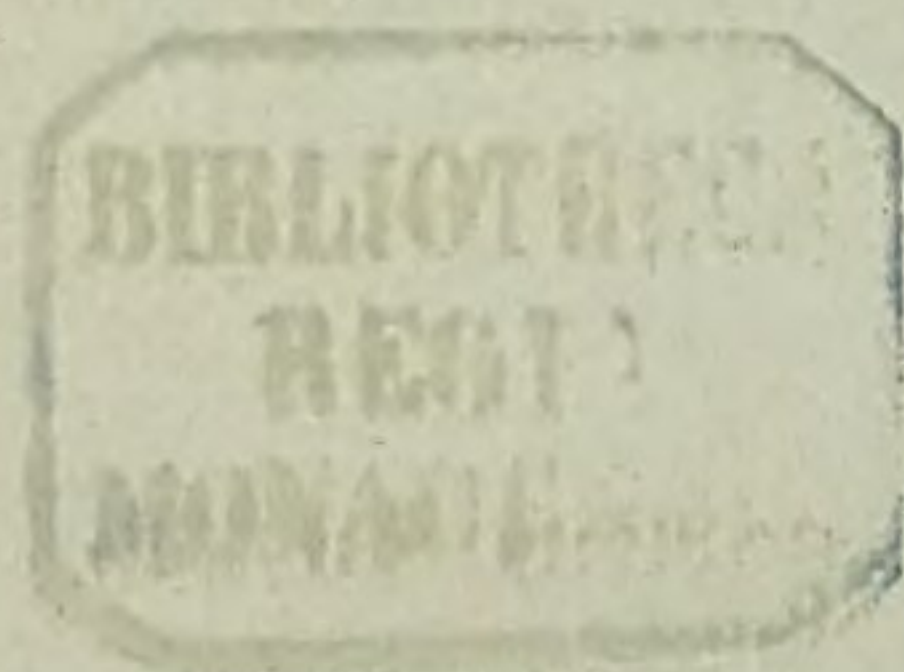
Von

Dr. jur. Woldemar Engelmann.

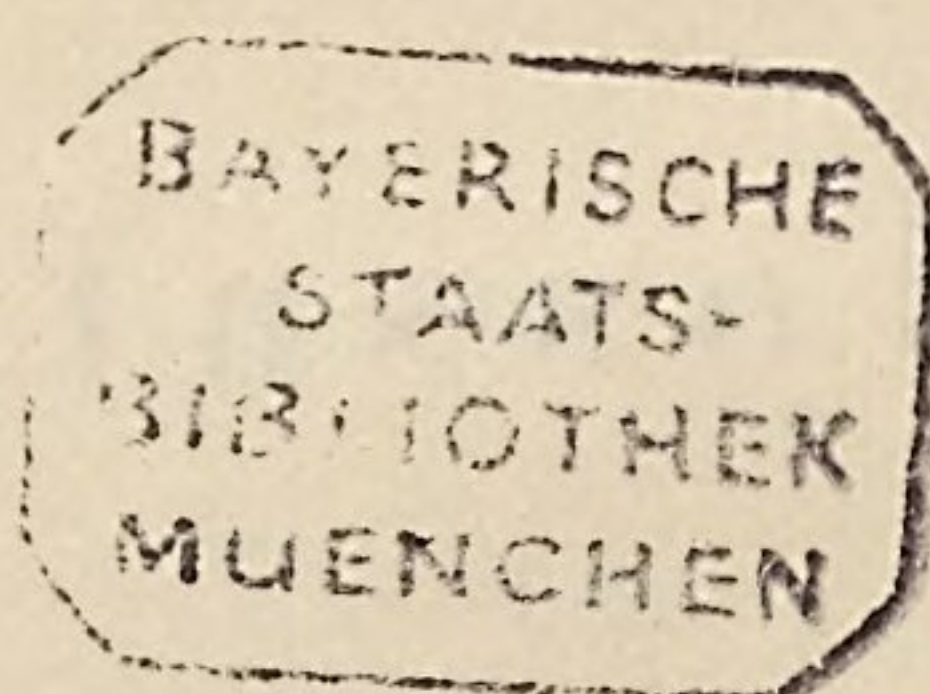


Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1895.

5978



Die Schuldlehre
der
P o s t g l o s s a t o r e n
und
ihre Fortentwicklung.



Die Schuldlehre
der
Postglossatoren
und
ihre Fortentwicklung.

Eine historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre
der italienischen Juristen des Mittelalters seit Accursius.

Von

Dr. jur. Woldemar Engelmann.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1895.

Die Schicksale

Postlagernde

Das Fortgesetzte

Die Schicksale der Fortgesetzten
des Fortgesetzten der Fortgesetzten



Seinen Eltern,

in Sonderheit

seinem Vater und Lehrer,

PROF. DR. JOHANNES ENGELMANN

in Dorpat,

in dankbarer Liebe

gewidmet

vom

Verfasser.

THE

OF

THE

OF

OF

OF

OF

OF

OF

Vorwort.

Um dem Zwecke vorliegender Arbeit, eine Lücke in der deutschen Strafrechtslitteratur auszufüllen, thatsächlich zu genügen, war es nötig, möglichst alle bedeutenderen postglossatorischen italienischen Juristen, heranzuziehen und der Vollständigkeit wegen auch Wiederholungen und häufige wörtliche Zitate nicht zu scheuen. Das bloße Stellenanführen ist insofern von geringem Wert, als es bei wichtigen Fragen auf die genauen Worte des betreffenden Schriftstellers ankommt, und bei der Unzugänglichkeit und dem Umfang der Quellenwerke eine Kontrolle fast unmöglich ist.

Die Quellenlitteratur ist unter dem Text nach den im alphabetischen Litteraturverzeichnis genannten Ausgaben zitiert. Hierbei sind den Verbalbezeichnungen der *leges* und Paragraphen der Kommentare die Zifferbezeichnungen des *Corpus juris* nur dann beigelegt, wenn der Quellentext von Interesse ist.

Die römischen und kanonischen Quellen selbst sind nur dann in die Erörterung gezogen, wenn die italienische Doktrin unmittelbar an sie anknüpft, was beim kanonischen Recht in Bezug auf unseren Gegenstand fast nie der Fall ist.

Auf Werke der neueren Litteratur ist nur, wo es dem Leser zur Orientierung dienlich erschien, verwiesen, sonst nicht.

In der Einleitung sind die Ansichten, die der Verfasser sich aus eigener Anschauung über die Bedeutung der Postglossatoren und ihrer Werke, namentlich für die Strafrechts-

wissenschaft, gebildet hat, kurz wiedergegeben. Sie bietet Kennern vielleicht wenig neues, soll auch diese nicht belehren.

Es sei mir noch gestattet, an dieser Stelle meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. W. v. Rohland in Freiburg i. B., und Herrn Prof. Dr. Richard Schmidt in Freiburg i. B. meinen Dank auszusprechen für mannigfachen Rat und Unterstützung durch Bücher und Litteraturnachweise, und für das warme Interesse, das sie an meiner Arbeit nahmen.

Leipzig, im Februar 1895.

Dr. Woldemar Engelmann.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung (Über die Bedeutung der Postglossatoren)	Seite 1
Erstes Kapitel. Die Schuld.	
§ 1. Begriff der Schuld	17
§ 2. Mangel der Schuld	23
I. Nuda cogitatio, Zwang, Irrtum	23
II. Gründe mangelnder oder geminderter Schuldfähigkeit: Jugend, Geisteskrankheit, Taubstummheit, Trunkenheit, Schlaf, Affekt etc..	27
§ 3. Schuld als Voraussetzung der Strafe	33
Zweites Kapitel. Der Dolus.	
I. Begriff des Dolus.	
§ 4. 1. Die Dolusdefinition der Italiener	36
§ 5. 2. Der Dolusbegriff der italienischen Doktrin	39
§ 6. II. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit	41
III. Das Bewußtsein von der kausalen Tragweite der Handlung.	
§ 7. 1. Der Dolus und die Präsumtion der bewußten Kausalität des Willens	49
2. Die Zurechnung des Erfolges zum Dolus.	
§ 8. Übersicht	52
§ 9. a) Die Zurechnung des schwereren oder andersartigen Erfolges innerhalb des Deliktsthatbestandes.	53
§ 10. b) Die Zurechnung des Erfolges gegen ein individuell anderes Objekt	57
§ 11. Fortsetzung: „dolus in genere“ bei Aberrationsfällen	63
§ 12. c) Die Zurechnung des schwereren Erfolges anderer Art. Die herrschende Lehre	71

	Seite
§ 13. Fortsetzung: Gegner und Verteidiger der Bartolinischen Doktrin	86
§ 14. Fortsetzung: Die Lehre vom „dolus indirectus“	104
§ 15. IV. Überlegung und Mangel der Überlegung. (Dolus impetus, non praemeditatus)	112
 Drittes Kapitel. Der dolus praesumptus und die culpa dolo proxima.	
§ 16. I. Die Bedeutung der praesumptio doli und der dolus praesumptus im allgemeinen	127
II. Der formelle dolus praesumptus.	
§ 17. 1. Die praesumptio doli in der italienischen Doktrin	130
§ 18. 2. Der dolus praesumptus und der dolus verus	135
III. Die „culpa dolo proxima“ als dolus praesumptus.	
§ 19. 1. Die culpa lata der Quellen als gesetzlicher dolus praesumptus	139
2. Die culpa dolo proxima in der italienischen Doktrin.	
§ 20. a) Die Lehre der Glosse und der Postglossatoren vor Bartolus	142
§ 21. b) Die Bartolinische Doktrin: Die culpa dolo proxima als dolus praesumptus	146
§ 22. c) Die Lehre des Baldus: Die culpa dolo proxima als dolus praesumptus „essentialis“	154
§ 23. d) Die culpa lata als reiner Dolus: „culpa lata versutiae“ . .	166
§ 24. e) Die culpa dolo proxima als dolus indizierende culpa lata. Schluss: Die Auffassung bedeutender Nicht-Italiener (Damhouder, Covarruvias, Cujacius, Donellus).	174 179
 Viertes Kapitel. Die Culpa.	
§ 25. Die Lehre von der Culpa im allgemeinen	185
I. Der Begriff der Culpa im allgemeinen.	
§ 26. 1. Definition der Culpa und ihrer Grade	188
§ 27. 2. Der Culpa-Begriff der italienischen Doktrin	197
II. Die bewufste Culpa.	
§ 28. 1. Die culpa lata als bewufste Culpa	198
§ 29. 2. Die Culpa in Konkurrenz mit Dolus	204
III. Culpa im Verhältniß zum Casus.	
§ 30. 1. Auslegung und Einfluß der römischen und kanonischen Quellen inbetreff der Lehre vom verschuldeten Casus . .	207
§ 31. 2. Culpa und Casus in der italienischen Doktrin	214
§ 32. IV. Strafbarkeit der Culpa	224



Übersicht der Quellen-Litteratur.

Abkürzungen.

C. =	super (in) Codice Justin. [Commentaria, Lectura etc.]	
D. n. =	- Digesto novo	-
D. v. =	- Digesto vetere	-
Inf. =	- Infortiato	-
Cm. =	Commentaria.	Lct. = Lectura (Praelectio).
Cons. =	Consilia.	Lg. = Lugduni.
Fr. =	Francoforti.	Ve. = Venetiis.

* für d. ital. Strafrecht von größerer Bedeutung.

- Accoltis, Franciscus (Aretinus) de, († 1486): Cons. 1546.
- + Accursius († c. 1260): Corp. jur. civ. Just. cum Cm. Accursii, scholiis Gothofredi. Lg. 1612. (Gl. ord.).
- + Albericus de Rosato (Rosciate, † 1354): Cm. D. n., — Inf., — C. Lg. 1545. — Super Statutis, Ve. 1493.
- Alciatus, Andreas († 1550): Cm. D. tit. de verborum signif.; — „De praesumptionibus“, pars I. (Opera om. 4 Tom. fol. Fr. 1617.)
- Andreae, Johannes († 1348): Mercuriales quaestiones super regulis juris. 1475 (ohne Druckort).
- Angelus de Ubaldis († 1407): Cm. D. n. (u. D. v.), Lg. 1534. Lct. C. 1534 (ohne Druckort).
- Aretinus, Angelus († 1451): „Tractatus maleficiorum“ (zusammen mit Gandinus: „de maleficiis“) Mediolani 1504. Dasselbe vollst. u. besser: * „Tract. de maleficiis cum apostillis Augustini Ariminensis“ (zus. m. Gandinus u. Bonifacius de Vitalinis: „super maleficiis“), Lg. 1551.
- Aretinus, Franciscus: siehe Accoltis.
- Ariminensis, August.: Additiones zu Ang. Aretinus, s. diesen.
- Azo († 1213): Cm. ad sing. leges XII lib. C. Parisiis 1577; — Summa Codicis, Lg. 1546.

- Baldus de Ubaldis († 1400): Cm. D. v. Lg. 1517 u. 18; — Lct. Inf. Lg. 1580; — *Lct. C. Ve. 1496 u. Lg. 1556; — Cons. 5 vol. Lg. 1548; — „Practica judiciaria“, Lg. 1528.
- Bargalius, Celsus (i. 16. Jahrh.): „Tractatus de dolo et culpa etc.“, 6 Lib. Norimbergae 1700.
- Bartolus de Saxoferrato († 1357): Cm. D. v., — *D. n. — C. Lg. 1550; — Cons., quaestiones et tractatus. Lg. 1550.
- Bellapertica, Petrus de († 1308): Lct. super Institutionibus Justin.
- Belvisio, Jacobus (de Bello Visu, † 1335): *„Practica criminalis“ in: Modius, Rerum criminalium praxes et tractatus. Fr. 1587.
- Blancus, M. Ant. († 1548): „De indiciis“ bei: Ziletti, Volumen tractatum criminalium. Ve. 1580.
- Blanosco, Johannes de (c. 1250): Cm. super tit. de actionibus in Inst. Moguntiae 1539.
- Bonifacius de Vitalinis († n. 1388): *„Tract. super maleficiis“ siehe bei Aretinus.
- Bossius, Aegidius († 1546): *„Tractatus varii“ (insb. „de homicidio“), Ve. 1562.
- Caepola (Cepolla), Bartholomeus Veronensis († 1477): *Cons. criminalia, Brixiae 1490.
- Cagnolus († 1551): „De regulis juris“, Lg. 1546.
- Carerius, Ludovicus (c. 1550): *„Practica causarum criminalium (tract. de homicidio)“. Fr. 1600.
- Carpzovius, Benedict († 1666): „Practica n. rerum crim.“
- Casonus, Franciscus (Opiterginus, c. 1500): „Tractatus de indiciis“, Coloniae 1604.
- Castrensis, Paulus de Castro († 1441): „Patavinae Praelectiones D. v. Lg. 1548; — *Novae Prael. (Avenionicae) D. v. ac D. n. Lg. 1544; — Prael. Inf. Lg. 1548.
- Cinus (Cynus, † 1336): *Lct. C. (et D. v.), Lg. 1547.
- Clarus, Julius († 1575): *„Sententiarum liber V.“ Ve. 1578.
- Covarruvias a Leyva († 1577): *„Relectiones Clementin. p. II de delictis“. (Opera I.) Antverpiae 1614. — Epitome in IV. Decretal. lib. Lg. 1558. (Op. I, p. II, cap. 6.)
- Cujacius, Jacobus († 1590): Cm. in lib. IX. Pauli ad Edict. (Op. V.); — Cm. D. lib. XXII, 3 u. L, 16 de V. S. (Op. VII); — Cm. C. (Op. IX.). — Op. o. XI Tom. Ve. 1758—83.
- Cumanus, Raphael († 1427): Cm. D. n. Lg. 1554.
- Damhouder, Jodocus († 1581): „Practica rerum criminalium“, Herbi-poli 1641.
- Decianus, Tiberius († 1582): *„Tractatus criminalis“, Fr. 1613.
- Decius, Philippus († 1536): „De regulis juris“, Lg. 1550; — Cons. sive Responsa, Fr. 1588.
- Dinus Mugelanus († c. 1300): Cm. D. n. Lg. 1513; — „Cm. in regulas juris pontificii“, Coloniae 1617.

- Donellus, Hugo († 1591): Cm. de jure civili. Lib. XVI. (Op. IV); — Cm. IV. C. tit. 34 u. 35. (Op. VIII.); Op. o., Lucae 1762—70.
- Durantis, Guljelmus († 1296): „Speculum juris“, Fr. 1592.
- Farinacius, Prosper († 1618): *„De poenis temperandis“ in Praxis et theoricæ criminalis p. III, 2. Norimbergæ 1728. — *„De homicidio“ und „de consultoribus“ in Op. crim. V, 2 u. 3. — Cons. I (C. et Decisiones) i. Op. crim. IV. — Cons. II (C. et Responsa crim.) i. Op. cr. VI. — Opera criminalia, Norimbergæ 1682 ff.
- Fulgosius, Raphael († 1427): Cm. C. Lg. 1547.
- Gandinus, Albertus (c. 1300): „Tractatus de maleficiis“, s. Ang. Aretinus.
- Gomez (i. 16. Jahrh.): „Commentariorum variarumque Resolutionum tomi tres“ (T. III de delictis). Fr. 1584.
- Hippolytus de Marsiliis († 1529): *„Practica causarum criminalium“, Lg. 1529; — *„Cons. et Singularia“, 2 vol. Lg. 1537.
- Jason de Mayno († 1519): Cm. D. v., — D. n., — C., Augusta Taurin. 1573; — Cons. 4 vol. Lg. 1556.
- Marsilius, s. Hippolytus.
- Menochius († 1600): „De praesumptionibus“, 2 Tom. Genevæ 1724; — *„De arbitrariis judicum quaestionibus et causis“, Coloniae 1684.
- Odofredus († 1265): Cm. D. v. 1504 (ohne Druckort); — Lct. C. Papiæ 1502.
- Oldradus de Ponte († 1335): Cons. Mediol. 1515.
- Salicetus, Bartholom. de Saliceto († 1412): Cm. D. v. (lib. XII—XXIV). Lg. 1549; — *Cm. C. pars IV (VII—IX C.), Lg. 1549.
- Socinus, Marianus († 1467) und Bartholomeus († 1507): Cons. 4 vol. Ve. 1579.
- Tartagnus, Alexander de Imola († 1477): Cm. D. v., — D. n., — C., Lg. 1552; — Cm. Inf., Lg. 1551; — *Cons. Lib. I—VII, Lg. 1556 f. und Fr. 1575.
- Thomingius, Jacobus († 1576): Decisiones, 1590.
- Tiraquelles, Andreas (i. 16. Jahrh.): „De poenis temperandis“ (Op. o. VII), Fr. 1597.
- Zasius, Ulrich († 1535): „Intellectus singulares“ Basil. 1526.
-

Einleitung.

Der italienischen Strafrechtslehre des Mittelalters wird in neuerer Zeit mehr Aufmerksamkeit geschenkt, ihre Bedeutung für die Entwicklung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft anerkannt. Trotzdem herrschten bis in die neuere Zeit meist unvollkommene Vorstellungen über diese Bedeutung; sie wurde weder in gebührendem Maße, noch immer richtig gewürdigt, und daran tragen alte Vorurteile mit ihre Schuld¹⁾. Die geringe Beachtung, die man insbesondere den Werken der italienischen Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts, der sog. Postglossatoren oder Kommentatoren, geschenkt hat, erklärt sich nicht nur aus der oft beklagten Unzugänglichkeit, Unhandlichkeit und Unübersichtlichkeit ihrer Werke, sondern mehr noch aus der unrichtigen Vorstellung vom wissenschaftlichen und historischen Werte und vom Wesen ihrer Thätigkeit und ihrer Leistungen. Weil man sie früher, zur Zeit der Rezeption des

1) Savigny, Gesch. d. röm. R. i. Mittelalter. VI. unterschätzt die Postglossatoren u. beurteilt sie ganz einseitig, cf. insb. das herbe Urteil Bd. VI. § 130 Schlussbetrachtung. Im allgem. richtig wird die Bedeutung der Postglossatoren gewürdigt in allgem. Bemerkungen von Seeger, Lehre v. Versuch d. Verbr. i. d. Wissensch. d. M. A. (Tübing. Univers.-Schrift. 1869) § 1. Eingehend v. Bar, Gesch. d. deut. StrR. Berlin 1882 § 40, S. 114 f. u. Brunnenmeister, Quellen d. Bambergensis, § 14 ff., der speziell d. Kommentatoren wohl unterschätzt. cf. insbes. Stintzing, Gesch. d. deut. R.-Wissensch. I. 1880. S. 110 ff.

römischen Rechts in Deutschland, als Interpreten der Quellen bedeutend überschätzt hatte, war die Reaktion dagegen sehr heftig und führte zu einer ganz einseitigen und sehr harten Beurteilung ihrer Leistungen. Man suchte in den Postglossatoren nur Kommentatoren und Darsteller des römischen Rechts und beurteilte und verurteilte sie nur als solche, und das herbe Urteil wurde gefällt und hinfort anerkannt in der Meinung, daß damit ihre ganze Bedeutung und der wissenschaftliche Wert ihrer Werke vollkommen gekennzeichnet und richtig gewürdigt sei. Mit dem Namen „Kommentatoren“ glaubte man sie ihrer ganzen Wirksamkeit nach zu charakterisieren, und mit der bescheidenen Bezeichnung „Postglossatoren“ verbindet man noch heute in der Regel nicht nur den Begriff der Zeitfolge, sondern zugleich ein Werturteil, — die Anschauung, als seien sie nichts als Epigonen der Glossatoren gewesen. Und doch ist die Arbeit der Postglossatoren eine ebenso große, wenn nicht noch größere wissenschaftliche Leistung, jedenfalls von größerer praktischer Bedeutung und historischer Wirkung gewesen, als das, was die Glossatoren geschaffen. Dies ergibt sich für den, der ihre Werke nicht daran mißt, worin ihr Wert nicht liegt, sondern daran, was sie wirklich bieten wollten und geboten haben.

Die Glossatoren haben in der Auslegung der römischen Quellen das Größte geleistet und den spätern Rechtslehrern für exegetische Arbeit verhältnismäßig wenig Raum übrig gelassen. Sie wollten die römischen Quellen erklären und darstellen und nur dieses. Damit war aber die Aufgabe der italienischen Juristen längst nicht erfüllt, sondern nur die Voraussetzung für die noch bedeutendere Thätigkeit geschaffen, das Recht den sich entwickelnden Lebensverhältnissen gemäß auszugestalten, die Rechtsbegriffe weiter zu entwickeln, dem lebendigen Gewohnheitsrecht zu juristischem Ausdruck zu verhelfen, es den Rechtsquellen anzupassen und in wissenschaftliche Untersuchung zu ziehen. Diese Aufgabe galt für alle Rechtsgebiete, vornehmlich aber für das Strafrecht.

Die italienischen Juristen erfüllten diese Aufgabe, indem sie das in der Praxis ihrer Zeit ausgebildete und thatsächlich

angewandte Recht, das sich aus römischen, kanonischen und longobardischen Rechtsquellen, aus Munizipalstatuten und fürstlichen Konstitutionen, aus Gerichtsgebrauch und Gewohnheit herleitete, zu einem einheitlichen italienischen Strafrecht verarbeiteten, und durch systematischen Ausbau der einzelnen Lehren und Entwicklung allgemeiner Grundsätze und Begriffe eine italienische Strafrechtswissenschaft begründeten.

Die Werke der Kommentatoren waren nicht lediglich Kommentare, sie waren es mehr der Form nach. Die Quellenexegese war nicht mehr ihr Zweck und die Glossenexegese war ihnen nur Form und Gelegenheit zu Kritik und Ergänzung. Sie knüpfen ihre Ausführungen zwar an Quellenstellen und die Glosse, aber nur scheinbar interpretieren sie all' ihre Sätze aus den Quellen und der Glosse heraus, thatsächlich interpretieren sie häufig das lebende Recht in die Quellen hinein und festigen es dadurch. In der That war es gar keine Erläuterung des Textes und der Glosse, was sie boten, es war ihnen meist mehr um eine kurze Wiedergabe einzelner wichtiger Gedanken aus Text und Glosse und deren Ergänzung, sei es durch extensive Erklärung, sei es durch rein mechanische Anreihung einschlagender Rechtssätze, zu thun. Dies zeigt sich besonders deutlich bei den strafrechtlichen Stellen. Nur für das geltende Recht wichtige Sätze wurden herausgegriffen, meist nur konstatiert und ergänzt. Dabei stehen Sätze und zusammenhängende Erörterungen der wichtigsten Lehren, die sich garnicht aus den Quellen und der Glosse herleiten lassen, die oft nicht einmal eine Ergänzung des Inhalts von Text und Glosse sind, sondern gelegentlich an einen im Zusammenhang des Textes vielleicht ganz nebensächlichen Gedanken anknüpfen. Oft sind es abweichende Satzungen der Statutarrechte, der Gerichtspraxis und Gewohnheit, die herbeigezogen werden und deren derogierende Kraft und Tragweite untersucht und festgestellt wird.

Es ist daher unrichtig, in den „Kommentaren“ und „Prälektionen“ der Postglossatoren nur oder auch in erster Linie Quellen- und Glossenkommentare zu sehen. Deshalb ist es aber auch falsch, ihre wissenschaftliche Thätigkeit als eine im

Verhältnis zu der der Glossatoren minderwertige zu betrachten, oder in ihrer Behandlung der Glosse und in deren Bevorzugung vor dem Text eine bloße Verirrung und ein Zeichen des Niederganges der gesunden, selbständigen, wissenschaftlichen Forschung zu sehen. Die Quellenforschung förderten sie freilich damit nicht, aber das war auch nicht ihr Zweck; ihnen genügte für's erste die Glosse. Bei ihrer eigentlichen Aufgabe aber war ihr Verfahren nicht ungerechtfertigt. Es gebot sich vielmehr von selbst, daß sie bei der wissenschaftlichen Verarbeitung und Darstellung des sich unter neuen Verhältnissen entwickelnden und neu entstehenden Rechts nicht an die Sätze der römischen Quelle anknüpften, sondern an die schon mehr modernen Begriffen entsprechenden und dehnbaren Sätze der Glosse.

Auch in dem Verschwinden der „Summen“, der systematischen Darstellungen des römischen Rechts nach Titelinhalt und Titelfolge der Quellen, darf man nicht eine Vernachlässigung der Systematik überhaupt sehen. Gerade ihrer ausgebildeteren Systematik, der erschöpfenden einheitlichen Darstellung ihrer Lehren genügte diese Form, der enge Titelrahmen, nicht mehr. Die systematische Darstellung des römischen Rechts der Quellen konnte die Aufgabe der Postglossatoren nicht mehr sein, sie waren nicht Lehrer des römischen Rechts, sondern des gemeinen (italienischen) Rechts, „Pandektisten“ im modernen Sinne. Sie besaßen in den „Summen“ des Rogerius († a. E. d. 12. Jh.), Placentin († 1192), des Azo († c. 1230) und Hugolinus († c. 1235) hervorragende systematische Abhandlungen des römischen Rechts, die ihnen genügten. Für ihre systematische Behandlung einzelner Lehren waren solche summarische Darstellungen des Inhalts der einzelnen Titel aber auch als Rahmen ungeeignet, da das Quellenmaterial zu diesen Lehren sich nicht in einem Titel vereinigt, sondern in sehr vielen zerstreut findet, und andererseits ein großer Teil des Titelinhalts garnicht in die Lehre hineingehört. Wollten sie das geltende Recht systematisch darstellen, so konnten sie keine Summen über Codex- oder Pandektentitel schreiben. Die modernen Lehren fanden daher besser ihre systematische Be-

handlung in ihren Kommentaren und Vorlesungen an Stellen, wo sich Anknüpfungspunkte boten. So finden sich in den Kommentaren oft ausführliche systematisch ausgearbeitete Erörterungen der wichtigsten Lehren des Strafrechts, z. B. der Lehre vom Versuch, von der Beihilfe und Anstiftung, von der Notwehr, von der Zurechnung des Erfolges, von den Schuldarten, von der Statutenauslegung, u. a.²⁾

Durch die vorstehenden Bemerkungen sollen die genugsam bekannten Mängel und Schattenseiten der postglossatorischen Doktrin weder geleugnet noch entschuldigt werden. Es soll nur auf die Einseitigkeit der gewöhnlichen Beurteilung hingewiesen werden, die nur oder doch in erster Linie die Leistungen in der Quellenforschung in Betracht zieht. Um zu einer gerechten Würdigung ihrer wahren wissenschaftlichen und historischen Bedeutung zu gelangen, darf man die Postglossatoren nicht als Glossatoren, auch nicht als Kommentatoren der römischen Rechtsquellen beurteilen, sondern als das, was sie vor allem waren: als wissenschaftliche Bearbeiter, Lehrer und als kundige Praktiker des geltenden gemeinen italienischen Rechts.

Auch als Schriftsteller und Lehrer arbeiteten sie mit der Praxis und für die Praxis. In den Kommentaren und Prälektionen zeigt sich überall der lebendigste Zusammenhang mit der Praxis und dem Leben. Bei der grossen Lückenhaftigkeit der Rechtsquellen, der römischen Quellen und Statutarrechte, war dem freien Ermessen des Richters und der schöpferischen Wirksamkeit des Gerichtsgebrauchs ein weiter Spielraum gegeben. Hierdurch wurde einerseits Recht ge-

2) Die ganze Lehre vom Versuch behandeln Cinus, Albericus u. Baldus bei l. 5 C. de episc. et cler. 1, 3, die Anstiftung Baldus bei l. 20 D. de his qui not. infam. 3, 2, Bartol. zu l. 11 § 3 D. de injur. 47, 10, die Zurechnung des Erfolges: Albericus, Bartol. u. Salicet bei l. 6 C. ad l. Jul. de vi 9, 12 u. P. Castrensis bei der l. 14 D. ad l. Cor de sic. Die Schuldarten: Bartolus u. Salicet bei der l. 32 D. depos. Baldus bei l. 5 C. de pign. act. 4, 24. Die Notwehr: Jason z. l. 3 D. de j. et j. Rechtsirrtum: Cinus u. a. bei l. 4 C. de incest. 5, 5. Auslegung der Statuten: Baldus bei l. 13 § 7 D. 3, 2 u. s. w.

schaffen, das von den Kommentatoren aufgenommen und verarbeitet werden mußte, andererseits auch der Doktrin Gelegenheit geboten, durch Beeinflussung der Praxis das Recht zu gestalten, indem sie an schwankender oder willkürlicher Rechtsprechung vom Katheder herab oder in Prozeßgutachten Kritik übte. Solche Wechselwirkungen der Doktrin und Praxis spiegeln sich in den Werken der Postglossatoren deutlich wieder. In den Kommentaren findet sich eine Fülle von Entscheidungen praktischer Fälle, die zum großen Teil nicht den Quellen, sondern dem Leben, gerichtlichen Entscheidungen und Rechtsgutachten entnommen sind. Berühmt gewordene Prozesse werden von den meisten berücksichtigt und besprochen³⁾; bemerkenswerte gerichtliche Urteile, ebenso die Praxis im allgemeinen⁴⁾ werden konstatiert und kritisiert. Berufungen auf Entscheidungen bedeutender Gerichtshöfe⁵⁾ sind nicht selten, auch Resolutionen von Juristenkongressen werden erwähnt⁶⁾.

Von sehr großer Bedeutung für die Rechtsentwicklung ist die Thätigkeit der Rechtslehrer des 14. und 15. Jahrhunderts in der Praxis, namentlich in der Advokatur und als „Consiliatoren“. Während sie durch ihre Vorlesungen und Schriften mehr auf die folgenden Generationen und durch sie wirkten, trugen sie durch ihre Consilien die Resultate ihrer wissenschaftlichen Forschung und praktischen Erfahrung unmittelbar in die Gerichtspraxis hinein. Durch sorgfältige Sammlung wurde dann dieses reiche, für die Praxis und in enger Anlehnung an die Praxis geschaffene, kasuistische Material wieder der Doktrin zur Verwertung dargeboten. Doch sind

3) Der Prozeß „Johann ab Aggere“ (Caepola, Cons. 34—38) wurde 100 Jahr lang von der Doktrin behandelt (Dolus i. Konkurrenz mit bew. Culpa cf. unten § 13); der Prozeß gegen den „miles Florentinus“ (über consilium und mandatum) 150 Jahr lang.

4) So die Gerichtspraxis hinsichtl. der Statutenauslegung, der Strafe der Culpa, des Versuchs, des Anstifters, u. s. w.

5) z. B. der „Magna Curia Neapolitana“, des „Collegium Paduanum“, der „Rota Romana“.

6) So von Albericus de Rosato, super Statutis l. qu. 8.

die Consilien von sehr verschiedenem Wert, und werden im allgemeinen als Erkenntnißmittel der Strafrechtsdoktrin und -praxis jener Zeit vielleicht überschätzt. Die Consilien sind oft von geringerem Wert für die Feststellung der wahren Meinung des Autors, als seine Lehrwerke, und zwar aus mehreren Gründen. Erstens mußten die Verteidiger im Interesse ihrer Klienten manche Rücksicht und Vorsicht beobachten. Sie unterdrückten oft ihre wahre Meinung, weil diese für den Klienten weniger günstig war, oder weil sie fürchteten, von den Richtern nicht richtig verstanden zu werden. Abweichende Ansichten in den Lehrwerken und Consilien desselben Autors sind nicht selten. Im Zweifel ist dann der Lehrmeinung der Vorzug wahrer Überzeugung zu geben. Manche scheuen sich, als vom Gericht ersuchte Begutachter, überhaupt zu Ungunsten des Beklagten zu entscheiden, wenn es sich um Tod und Leben handelt. Ferner pflegten die meisten zu größerer Sicherheit alle nur möglichen Gründe und Ansichten, wenn sie nur der Verteidigung ihrer Sache dienlich schienen, vorzubringen, um dem Richter eine möglichst große Auswahl von Entscheidungsgründen zu bieten, oder ihm auch lediglich durch Fülle zu imponieren, wodurch oft bei sich ausschließenden Begründungen ihre eigene Ansicht unersichtlich wurde. Endlich unterdrückten manche Consiliatoren in der Praxis, „in iudicando“ und „in consulendo“, prinzipiell ihre der Glosse oder der *communis opinio* widersprechende Meinung. So sagt Jason Maynus von Baldus: „in consulendo timet recedere a glossa⁷⁾“, und Raphael Fulgosius meint, „in iudicando“ solle man die Meinung der Glosse nicht leichtsinnig antasten, „*volo enim potius pro me glossatorem, quam textum*“.

Die Darstellungsweise der Postglossatoren erscheint insbesondere durch die oft sehr weitläufigen Distinktionen dem systematisch geschulten modernen Gelehrten breit, schwerfällig und gekünstelt. Die den Franzosen abgelernte

7) Zasius führt folgenden Ausspruch des Baldus an: „Ego timens recedere a glossis in consulendo, jam consului secundum glossam, modo videtur mihi, quod opinio Azonis et sequatium est magis consona literae et naturae.“ Zasius, *Intellectus jur. sing.* pag. 73.

„dialektische Methode“ muß diesen Eindruck noch vermehren. Diese Darstellungsweise entsprach aber der Methode ihrer Gedankenentwicklung und diese einem Bedürfnis. Da die Postglossatoren keine Systematiker waren und ihnen für die systematische Darstellung der einzelnen Lehren weder das Material im Zusammenhange vorlag, noch eine Gedankenfolge vorgezeichnet war, wie den Glossatoren bei ihren summarischen Darstellungen des Inhalts der Quellentitel, so war ihnen eine einfache, Gedächtnis und Überblick unterstützende Methode der Gedankenentwicklung notwendig. Die Distinktionen sind nicht Formen, in die die Rechtslehrer ihre fertigen Lehren gossen, sondern die Form ihres die Lehre bildenden und weiter entwickelnden Denkprozesses, ein Schema der Gedankenfolge, der Gedankenscheidung und Gruppierung. Durch die immer weitere Verfolgung der Distinktionen und Subdistinktionen ward Material gefunden, gesammelt, gesichtet, zur Lehre ausgestaltet und diese mehr und mehr abgerundet. Die Form, in der sie ihre Lehren entwickelt hatten, schien den Lehrern auch als die geeignetste für die Hörer und Leser, um sie im Zusammenhang zu erfassen und dem Gedächtnis einzuprägen. Dieselbe Bedeutung, wie die Distinktionsmethode für das Zusammenfassen größerer Lehren, hatte die dialektische Methode für Entwicklung und Beweis einzelner Grundsätze. Auch sie war Produktions- und Rezeptionsmethode und darum auch Darstellungsweise.

Dafs die endlosen Distinktionen oft zu Spitzfindigkeit und die Dialektik zu Spielerei führten, läfst sich nicht leugnen, doch haben sich die italienischen Juristen vor diesem Fehler besser bewahrt, als die Franzosen. Cinus, Bartolus und Baldus wenden diese Methoden mit Mafs und praktischem Verstand an, und wenn Salicetus die Subtilität oft sehr weit treibt, so hat er doch mit kritischem Sinne so manche „supervacua distinctio“ als solche aufgewiesen und ausgeschieden⁸⁾.

8) Man vergleiche mit dem juristischen Ernst dieser Italiener die gefallsüchtige, geistreiche Spielerei mancher Franzosen, z. B. auch des bedeutenden Petrus de Bellapertica.

Oft getadelt wird der Formalismus der italienischen Juristen. Es ist aber zu bemerken, daß sie mit ihrer scheinbar kleinlichen Buchstabeninterpretation oft bestimmte praktische Zwecke verfolgten, z. B. den, moderneren Anschauungen der Doktrin durch Anlehnung an den Wortlaut eines Quellentextes in der Praxis Gewicht zu verschaffen, oder allzu harte Bestimmungen alter Statuten durch Wortinterpretation abzuschwächen. Nicht sie waren über diese Fragen in Zweifel, sondern die, an die sie sich mit ihren Lehren wandten. Sie mußten diese Fragen so breit behandeln, wenn sie die herrschende Praxis wirksam bekämpfen und ihre Schüler vor den falschen Anschauungen bewahren wollten. Daß ihnen selbst die fehlerhaften Anschauungen völlig fern lagen, beweist ihre einstimmige Meinung und das Fehlen jeder Polemik hervorragender Rechtslehrer gegeneinander in der betreffenden, oft allzu eingehend traktierten Frage⁹⁾.

Was die speziell kriminalistischen Werke betrifft, so wird ihr Wert wohl in mancher Beziehung überschätzt. Die Bedeutung der Kriminalisten des 14. und 15. Jahrhunderts liegt weniger in der Selbständigkeit ihrer Werke und dem Wert ihrer Meinungen, als in ihrer zusammenfassenden Thätigkeit und der praktischen Brauchbarkeit ihrer Werke. Sie faßten die Resultate der wissenschaftlichen Arbeit ihres Zeitalters zusammen und boten sie übersichtlich geordnet der Praxis zum Gebrauch dar. In Bezug auf die prozessualischen Werke trifft dies nicht zu, hier sind sie selbständige Bearbeiter der Quellen und der Praxis. Auch soll die selbständige Ausbeutung der Praxis für das materielle Strafrecht nicht geleugnet werden. Die Werke der Kriminalisten des 16. Jahrhunderts haben auf die Dogmatik einen größeren Einfluß geübt. Doch liegt der Schwerpunkt der Entwicklung aller bedeutenden Lehren des Strafrechts nicht bei ihnen, sondern bei den Kommentatoren des 14. und 15. Jahrhunderts.

9) cf. den Kampf der Doktrin gegen die formalistische Praxis in der Frage der Statutenauslegung hinsichtlich der Strafbarkeit der Culpa. § 32, II.

Hier mag noch eine Übersicht der für das Strafrecht wichtigsten italienischen Juristen des Mittelalters folgen.

Von den Glossatoren kommt hauptsächlich Azo († 1235), insbesondere seine „Summa Codicis“ in Betracht, von den Zeitgenossen des Accursius († 1260): Odofredus († 1265), Johannes de Blanosco und Guilielmus Durantis († 1295). Von den früheren Kommentatoren sind zu nennen: Guido Suzaria († nach 1283) und sein Schüler Jacobus de Arena († c. 1300). Das Werk des ersten Kriminalisten Rolandinus de Romanciis († 1284), „de ordine maleficiorum“, ist verloren. Der berühmteste und einflußreichste Kriminalist ist Albertus Gandinus (um 1300), Richter in Florenz und Bologna. Er schuf die erste umfassende Darstellung des Strafrechts, „de maleficiis“, womit er einem Bedürfnis der Praxis entgegenkam und sie beherrschte¹⁰⁾. Für die dogmatische Entwicklung des Strafrechts hat sein Werk einen geringeren Wert. Sein Zeitgenosse Dinus Mugellanus († um 1300) ist auch als Kriminalist, mehr aber als Lehrer bedeutend. Unter seinen hervorragenden Schülern nimmt die Rechtswissenschaft im 14. Jahrhundert einen neuen Aufschwung. Sein Schüler Jacobus de Belvisio (Bello Visu, † 1335) ist speziell Kriminalist und behandelt in seiner „Practica criminalis“ hauptsächlich den Prozess. Von allgemeinerer Bedeutung sind seine Schüler Cinus und Oldradus de Ponte († 1335), der letztere, berühmt als Consiliator, kommt für das Strafrecht wenig in Betracht.

Das 14. Jahrhundert ist die bedeutsamste Epoche in der Entwicklungsgeschichte des gemeinen Rechts. Von den großen Rechtslehrern dieser Zeit wurden die dauernden Grundlagen auch für alle wichtigen Lehren des Strafrechts geschaffen, teils durch grundlegende Neuschöpfung oder Neugestaltung, teils durch maßgebende Ausgestaltung der überkommenen Lehren.

10) Raphael Fulgosius sagt von ihm: „ab omnibus iudiciis maleficiorum Gandinus habetur princeps in maleficiis, non videtur ulterius quaerendum.“ Cf. über Gandinus: Aeg. Bossias tr. var. de delicto no. 17.

Cinus, eigentlich Guitto(ncino) de Sinibuldis, (1270—1335) ist eine der glänzendsten Gestalten der mittelalterlichen Gelehrtenwelt. Sein berühmter Codex-Kommentar ist nicht die Frucht seiner Lehrthätigkeit, sondern erschien bevor er Doktor und Rechtslehrer wurde (1314), ein fein ausgearbeitetes Werk mit reichem Inhalt in gefälliger Form. Cinus hatte sich in diesem Werk, wie er selbst sagt, die Aufgabe gestellt, auch die Lehren der bedeutendsten französischen Rechtslehrer der damaligen Zeit, des Jacobus de Ravanis († 1296) und seines Schülers Petrus de Bellapertica († 1308 als Kanzler von Frankreich), in die italienische Doktrin einzuführen. Diese Aufgabe hat er in ausgezeichnete Weise und, trotz der dialektischen Methode, die er von den Franzosen herübernahm, zum Vorteil der italienischen Rechtswissenschaft gelöst. Er bewahrte der fremden Lehre gegenüber sein selbständiges Urtheil und bei der fremden Methode seinen juristischen Sinn für das Wesentliche. Durch ihn wurden viele Gedanken der französischen Schule in die italienische Doktrin übertragen und für die wichtigsten Lehren fruchtbar gemacht; so für die Lehre von der culpa dolo proxima, für die Zurechnungslehre, für die Lehre vom Versuch. Hauptsächlich auf ihn stützte sich sein großer Schüler Bartolus.

Bartolus de Severis oder Alfamus (1314—1357) hat unerreichten Ruhm und Einfluß auf die Doktrin und Praxis erlangt. Die Macht seiner Persönlichkeit als Lehrer und die geniale Kraft, mit der er in die Gestaltung aller Lehren eingriff und der Doktrin seinen Stempel aufprägte, erklärt das große Ansehen und die Verehrung bei seinen Schülern und deren Nachfolgern. Das dauernde Ansehen seiner Meinung, das sich in den folgenden Jahrhunderten immer mehr steigerte, beruht aber auf dem praktischen Wert seiner Werke. Weniger in der Originalität der Gedanken, als in der Fähigkeit zu erfassen und zu gestalten, zeigte sich seine Leistungsfähigkeit. Scharfblickend nahm er alle fruchtbaren Gedanken seines Lehrers Cinus auf und verarbeitete sie mit der ihm eigenen

Sicherheit¹¹⁾. Überall verwertete er seine eigene praktische Erfahrung, die er als Richter und Consiliator gesammelt. — Neben ihm gewann zeitweilig großes Ansehen unter den Praktikern der Advokat Albericus de Rosato in Bergamo († 1354) durch seine Kommentare. Lehrer war er nicht, aber die Praktiker „adorant eum“.

Baldus de Ubaldis oder Baldeschi (1327—1400), der bedeutendste Schüler des Bartolus, lehrte in Perugia und andern Städten. Er allein hat ein annähernd gleiches Ansehen in Doktrin und Praxis erreicht. In seinen früheren Vorlesungen zeigt er wenig Selbständigkeit, er folgt meist treu der Glosse und seinen Lehrern. Später aber entwickelt er sehr selbständige Ansichten und übertrifft durch originale Gedanken Bartolus zweifellos. Seine gereiften Ansichten finden sich in „Repetitionen“ niedergelegt, die in manchen Ausgaben seiner Werke neben der ursprünglichen Lectura abgedruckt sind. Oft nimmt er auch an anderer Stelle eine Frage wieder auf und berichtigt und vervollständigt seine frühere Darstellung. Daraus erklären sich auch die vielen Widersprüche in seinen Werken. Seine späteren Lehren sind nicht gleichmäÙig in seinen Werken verarbeitet. Fast in allen wichtigeren Lehren vertritt Baldus einen bedeutenden, eigenartigen Standpunkt, aber fast immer lassen sich auch Stellen finden, die im Gegensatz dazu die Glosse oder die Meinung des Bartolus vertreten¹²⁾. Daher ist in Prozessen oft Streit über seine Meinung, indem jede Partei Stellen des Baldus für ihre Meinung anführt¹³⁾. In seinen Consilien befolgte er übrigens den Grundsatz, sich möglichst an die Glosse zu halten. Gegen die bestimmte Einfachheit des Bar-

11) Wieviel er dem Codex-Kommentar des Cynus verdankte, gesteht er selbst zu. Cf. die Äußerung des Baldus: „dicebat autem mihi Bartolus, quod illud, quod suum fabricabat ingenium, erat lectura Cyni,“ citiert bei Savigny VI. § 46, Anm. i.

12) Man vergleiche die späteren Compileren, z. B. Farinacini, der die verschiedenen Ansichten zusammenstellt.

13) Cf. die späteren Consiliensammlungen insbes. die des Caepola, in der die gegnerischen Gutachten oft mit abgedruckt sind.

tolus erscheint der Vortrag des Baldus umständlich, oft schwerfällig; doch ist er eindrucksvoll in seiner ruhigen klaren Breite, die Erörterung gründlich, sein Urteil originell und durchdacht. — Sein jüngerer Bruder Angelus de Ubaldis († 1407) schließt sich mehr dem Bartolus an.

Selbständiger und kritisch angelegt ist Bartholomäus Salicetus (de Saliceto, † 1412). Er tritt oft in Gegensatz zu Cinus und Bartolus. Er hat einen sorgfältig ausgearbeiteten Codex-Kommentar geliefert, in dem er viele Lehren des Strafrechts im Zusammenhang dargestellt hat. Die Distinktionen sind dabei oft endlos. — Unter seinem Einfluß steht sein bedeutender Schüler Raphael Fulgosius († 1427), dessen Kommentare zu den besten gehören. Weniger hervorragend ist der mit diesem oft verwechselte Raphael Cumanus († ebenfalls 1427).

Paulus Castrensis (de Castro, † 1441) ist Schüler des Baldus und folgt ihm häufig, vertritt aber auf Grund der Quellen oft sehr selbständige Ansichten. — Berühmt durch ihre Consilien sind zwei Schüler des Castrensis: Alexander Tartagnus de Imola († 1477), der, in seinen Kommentaren wenig selbständig, fast immer auf Bartolus und Baldus verweist, und sein erbitterter Gegner Bartholomäus Caepola (Veronensis † 1477). In Caepolas Consiliensammlung sind oft die gegnerischen Gutachten mit abgedruckt. Es finden sich dabei eine Reihe für die Zurechnungslehre wichtige und berühmt gewordene Rechtsgutachten von Angelus de Castro (Sohn des Paulus), Franciscus de Capitibus Listae, Antonius de Rosellis u. a. — Ein dritter Schüler des Castrensis, Angelus Aretinus († 1451), hat in seinem „Tractatus de maleficiis“ dem Bedürfnis der Praxis nach einer zusammenfassenden Darstellung des Strafrechts abgeholfen, indem er die neueren Lehren der Bartolinischen Schule geschickt verarbeitete. — Zu seinem Werke schrieb später Augustinus Ariminensis grössere Additionen.

Die späteren bedeutenderen Consiliatoren bieten verhältnismässig wenig Strafrechtsfälle von wissenschaftlichem Inter-

esse. Überhaupt sinkt im 15. Jahrhundert der Wert der Consilien. Den meisten kam es dabei auf Gelderwerb und den Ruf eines gesuchten Juriskonsulten an. Für reiche Klienten scheute man weder bestechende Phrasen, noch elende Kniffe¹⁴). Auch der niedere juristische Bildungsgrad der Richter trug daran Schuld. Diesen imponierten weder Gründe noch Quellenstellen, sondern außer dem strikten Wortlaut der Statuten nur noch die Namen Bartolus und Baldus. Infolgedessen bemühten sich die Advokaten und Consiliatoren nur, die vertretene Ansicht mit möglichst vielen Stellen aus Bartolus und Baldus zu belegen¹⁵). Von berühmten Consiliatoren sind zu nennen: Franciscus de Accoltis (Aretinus, † 1486), Marianus Socinus († 1467) und Bartholomäus Socinus († 1507), bei denen sich wenig Kriminalfälle finden. Ferner: Jason de Mayno († 1519, lehrte in Pavia) und sein Schüler Ppilippus Decius († 1536), der berühmte Disputator, der 700 Consilien hinterließ. — Jason ist wegen seiner Kommentare bedeutend, in denen er die Lehren der früheren Rechtslehrer klar und übersichtlich darstellte. Mit seiner eigenen Meinung und mit Kritik ist er sehr zurückhaltend. — Sein großer Schüler Alciat († 1550) bietet für das Strafrecht

14) Das Prunken mit Gelehrsamkeit und Citaten wird von manchen in der abgeschmacktesten Weise betrieben. So zeigt sich Andreas Barbacia († 1479) in allen Consilien als seichter Schwätzer und Scheingelehrter. Auch Marianus Socinus bringt in seinen Consilien philologische Gelehrsamkeit, Citate und Anekdoten an. — Man vergl. Hipp. de Marsil. Cons. 67, no. 538 ff., der in einem Falle, wo ein reicher Edelmann einen dreisten Bauern zu Tode prügeln liefs, — „kasuelle“ Tötung nachzuweisen sucht.

15) Cf. die Äußerungen von Jason Cons. I. 137, no. 1, Hippolyt de Marsiliis Cons. 137, no. 4, wo sie auf die Autorität des Baldus als einziges Mittel, die Richter zu überzeugen, hinweisen u. Beispiele anführen. Cf. auch Paul Castrensis s. C. de serv. fugit. l. servum, no. 8, wo er auf eine Stelle des Baldus hinweist, als Quelle guter Einnahmen, indem man durch Baldus Autorität reiche Klienten vom Tode retten könne. — Von Bartolus sagt Socinus in seinen Consilien: „Bartolus semper solet esse veredicus et ejus opinioni in judicando adhaerendum, ejusque, auctoritas servatur in practica.“

wenig. Für einzelne Lehren (insbes. vom Versuch) gewinnt Einfluß der Kanonist Felinus Sandeus († 1503).

Mit dem 16. Jahrhundert nimmt die italienische Strafrechtswissenschaft einen selbständigen Aufschwung. Zu den hervorragenderen Kriminalisten gehören: Hippolytus de Marsiliis († 1529), Lehrer in Bologna, der in seiner „Practica“ und in seinen Consilien ein reiches Material bietet. Ägidius Bossius († 1546), Senator zu Mailand, der die Praxis des Mailänder Senats in die Bartolinische Doktrin verarbeitete. Seine Zeitgenossen sind Ludovicus Carerius und Franciscus Casonus (Opiterginus). Das größte Ansehen gewann Julius Clarus († 1575), Senator zu Mailand, später Glied des „Consilio d'Italia“ in Madrid. Er zeichnet sich vor allen durch eigenes Urteil und Klarheit aus, beherrschte die Praxis der Folgezeit, und übte auch auf die Doktrin des Auslandes großen Einfluß. — Neben ihm ist wohl Tiberius Decian († 1582), Professor in Padua, der bedeutendste Kriminalist Italiens. Zwar beeinflusst von kanonischen Anschauungen, zeigt er juristischen Sinn, eine nüchterne Kritik, klare gefällige Ausdrucksweise und eine überaus sachliche Polemik. In seinem „Tractatus criminalis“ hat er zuerst die allgemeinen Lehren ausführlich und in systematischem Zusammenhang behandelt. — Neben diesen gewinnen in der italienischen Doktrin Einfluß manche Ausländer, insbesondere die Spanier Gomez und Covarruvias († 1577, kgl. Rat in Madrid), ferner der wie Gomez der italienischen Schule folgende Damhouder († 1581) u. a.

Schon mit dem Ende des Jahrhunderts beginnt der rasche Verfall. Die größeren Werke sind meist Kompilationen. Während Menochius († 1600) durch Kritik und das Heranziehen der italienischen Statutarrechte Verdienstliches leistete, sind Celsus Bargalius und Prosper Farinacius reine Kompilatoren. Bargalius bringt die meist wörtlich abgeschriebenen fremden Ausführungen und Phrasen als eigene Meinung vor. Er ist sehr belesen, zieht reichlich die ausländische Litteratur heran. Farinacius († 1618), Mitglied

der „Rota romana“, ist dagegen ein ernsthafter Gelehrter von bewundernswertem Fleisse und bietet eine so grosse Fülle von Litteraturangaben, dass seine Werke dadurch einen eigenen Wert erlangen¹⁶⁾.

16) Farinacius ist daher bei allen Arbeiten über mittelalt. ital. Strafr. zuerst einzusehen, u. zwar insbes. „de homicidio“ — Operum crim. p. V. 2. und „de poenis temperandis“ — Praxis et theoricæ crim. p. III. 2. Auch seine Consilien — Op. p. IV. enthalten viele Citate.

Erstes Kapitel.

Die Schuld.

§ 1.

Begriff der Schuld.

Der allgemeine Begriff der Schuld ist in der italienischen Doktrin nicht fest ausgebildet worden. Zwei Grundgedanken werden allmählich und nur vereinzelt festgestellt: 1. Jede Schuld ist Willensschuld. 2. Schuld ist bewußt oder unbewußt pflichtwidriges, resp. rechtswidriges, resp. gesetzwidriges Verhalten.

Hiernach ist Schuld: der auf eine Pflichtwidrigkeit (resp. Rechts- oder Gesetzwidrigkeit) gerichtete Wille.

In den römischen Quellen wird Schuld als allgemeiner Begriff selten gebraucht. In der Regel findet sich der Ausdruck „culpa.“ „Injuria“ i. w. S. bezeichnet meist nicht eigentlich Schuld, sondern objektiv: Rechtswidrigkeit, schuldhafte Handlung¹⁾. Bei Gajus findet sich allerdings eine Stelle, in der „injuria“ Schuld bedeutet, Dolus und Culpa im Gegensatz zur Nichtschuld, casus, zusammenfassend²⁾.

Die Glosse bemerkt zur l. 1 D. de inj. 47, 10: „non jure i. e. contra jus, sicut quod non est ex fide, peccatum

1) pr. I. de injur. 4, 4 „generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit.“ ebenso: l. 1 D. de inj. 47, 10 u. Paulus lib. sing. de inj. 1 u. 2. Coll. Mos. et R. II, 5.

2) Gajus III, 211.

est.“ Schuld ist das widerrechtliche Verhalten. „Injuste“ geschieht nicht nur, was „ex scientia“, sondern auch, was „ignorans“ geschieht. Schuld ist das bewusste und unbewusste Unrecht³⁾. Die strafbare schuldhafte Handlung ist Delikt: „delictum est tamquam genus generalissimum comprehendens omne peccatum voluntarium et involuntarium⁴⁾.“

Die Kommentatoren haben anfangs dem allgemeinen Begriff der Schuld wenig Beachtung geschenkt. Erst der Einfluß der französischen Schule regte die Italiener zum Versuche an die „culpa in genere“ zu definieren.

Der Franzose Petrus de Bellapertica bezeichnet die schuldhafte Handlung als „Gesetzwidrigkeit“: „culpa est deviatio a legis dispositione, quod sic probatur: lex ab omnibus sciri debet et observari, ergo qui id, quod praecipit lex, non observat, est in culpa“. Bartolus, der diese Stelle citiert, meint, damit werde nur „lata culpa“ bezeichnet⁵⁾.

Bartolus seinerseits bestimmt die schuldhafte Handlung als „pflichtwidriges Verhalten“: „culpa est deviatio ab eo, quod bonum est, quod per diligentiam hominis potuit praevideri. Nam eo ipso, quod deviat ab eo, quod bonum est, sive in faciendo malum, sive in omittendo bonum scienter vel ignoranter: ista est culpa, et ideo dixi: quod per diligentiam hominis . . . etc. ad differentiam casus fortuiti, qui praevideri non potest⁶⁾.“ — „Diligentia“ ist immer nur pflichtmäßige Sorgfalt, Vorsicht etc., nicht etwa jede objektiv mögliche. Das „praevideri posse“ in diesem Sinne scheidet Schuld von Nichtschuld. Schuld ist hiernach die bewusste oder unbewusste Abweichung vom Rechten, sofern sie durch pflichtgemäßes Verhalten vermieden werden kann, also pflichtwidriges Verhalten. — Um die Einheitlichkeit des allgemeinen Schuldbegriffs zum Ausdruck zu bringen, stellt Bar-

3) Glo. l. c. „Cum quis inique i. e. quando ex certa scientia“, — „vel injuste i. e. quando ignorans“, mit der näheren Erklärung: „etiam quando ignorans“.

4) Glo. ad l. 1 C. si adversus delictum 2, 34.

5) Bartol. s. II. D. v. depos. l. quod Nerva. Repetitio no. 6.

6) a. a. O. no. 7.

tolus die Schuldarten und ihre Unterarten als eine Stufenleiter dar. Er unterscheidet, wie er sagt: nach dem Vorgange „einiger Moderner“ (d. i. Cinus und die Franzosen), 5 (oder 6) Schuldgrade: „culpa latissima, latior, lata, levis, (levior), levis-sima“, wobei die beiden ersten dolus verus und praesumptus, die übrigen die Grade reiner Culpa bezeichnen⁷⁾.

Baldus hat als Repetitio zu einer Codexlectura einen wohlabgerundeten Vortrag über die Schuldarten gehalten. Er schickt allgemeine Bemerkungen über „memoria“, „intellectus“ und „voluntas“ und ihr Verhältnis zur Schuld voraus. Er führt Folgendes aus:

Der Intellekt, die Erkenntnisfähigkeit ist das Primäre, der Wille als „movens motum ab appetibili intellectu“ das Secundäre. Wo kein Intellekt, da ist auch kein Wille, aber wo kein Wille ist, kann immerhin Intellekt sein. „Interdum voluntas est prava, interdum imprudens, interdum nulla.“ Der verkehrte d. h. pflicht- oder rechtswidrige böse Wille ist Dolus: „malicia, quae est idem, quod dolus malus, pertinet ad pravitatem voluntatis“. Der unkluge Wille ist error oder culpa. „Error autem sive culpa pertinet ad effectum cognitionis“, d. h. Culpa bezieht sich (nicht auf den Willen allein, sondern auch) auf die bildende Kraft und Ausübung („effectus“) der Erkenntnis. In diesem Sinne, fügt Baldus hinzu, sage der Quellentext: „finis culpa est non intelligere, non cognoscere futurum casum“. Die beiden genannten Fälle der Schuld unterscheiden sich von der Nichtschuld dadurch, daß sie „per custodiam, curam vel diligentiam mentis humanae“ vermieden werden konnten⁸⁾. Was trotz pflichtmäßigen Verhaltens geschieht, ist nicht verschuldet. Daher ist außer bei eigentlichem casus fortuitus die Schuld ausgeschlossen: bei einer notwendigen Handlung, bei Unmöglichkeit zu handeln, bei einer Handlung infolge eines natürlichen Fehlers, bei einer den besonderen Regeln einer Verrichtung und der Natur der Sache entsprechenden Handlung, z. B. bei

7) a. a. O. die alte Praelectio und Repet. no. 8 ff.

8) Baldus s. IV. C. de pign. act. l. quae fortuitis, am Anfang.

regelrechtem Spiel⁹⁾. Den Begriff der Schuld definiert er nicht, er bezeichnet als Schuld alles Tadelnswerte: „omne, quod est reprehensibile.“ Nach dem oben Ausgeführten wäre Schuld der Wille der sich (sei es bewußt böse, sei es nur unklug) auf etwas Tadelnswertes, Pflichtwidriges, Verbotenes richtet. — Auch Baldus unterscheidet wie Bartolus 5 Schuldstufen.

vgl. Wolf X
 Salicetus definiert die Verschuldung folgendermaßen: „culpa in genere est quaedam deviatio ab eo, quod quis ex recto dictamine rationis facere debet“, oder genauer: „imprudenter omittere vel facere, ex proposito vel sine, quod omittere vel facere non debuit“. Hiermit will Salicet sowohl Dolus als Culpa bezeichnen¹⁰⁾. Wörtlich aufgefaßt würde das aber nur „unkluges, unvernünftiges Handeln gegen die Pflicht“ sein. Um darin im Sinne Salicets auch Dolus zu erblicken, muß man den Ausdrücken „ex recto dictamine rationis“ und „imprudenter“ eine rein subjektive Bezeichnung geben. Die Sätze würden dann etwa sagen: Verschuldung ist gegen die tatsächlich vorhandene oder mögliche eigene bessere Einsicht bewirkte Pflichtwidrigkeit. — Salicetus betont, daß die Schuld, „culpa ut genus“, nur zwei und zwar wesentlich, nicht nur graduell, verschiedene Arten habe: Dolus und Culpa, deren jede wiederum in Unterarten geteilt werden könne; er polemisiert dabei gegen Bartolus, der Verschiedenartiges zusammenwerfe, wenn er alle diese Unterarten als eine Stufenleiter von Schuldgraden auffasse¹¹⁾.

X
 Die von Bartolus aufgestellte Einteilung und Definition der einzelnen Schuldarten nimmt in der Folgezeit sosehr das Interesse in Anspruch, daß man dem allgemeinen Begriff gar keine Beachtung zuwandte. Paulus Castrensis begnügt sich mit dem allgemeinen Satz: „omnis culpa est deviatio ab eo, quod rectum est¹²⁾.“

9) a. a. O. am Ende.

10) Salicet, s. D. v. depos. l. quod Nerva, no. 5.

11) a. a. O. no. 3 u. 4.

12) P. Castrensis, i. D. v. depos. l. quod Nerva, no. 2.

Erst im 16. Jahrhundert, als man das Kriminalrecht einheitlich abzuhandeln begann, wurden die allgemeineren Begriffe der Schuld und des Delikts wieder in Erörterung gezogen. Eingehend und in bemerkenswerter Weise behandelt sie erst Decian in seinem „Tractatus criminalis.“

Decian bestimmt den Begriff der Verschuldung nach Thomas v. Aquino als „voluntaria declinatio a bono vel ex malicia, vel ex negligentia“. Er bezeichnet die Schuld als Willensfehler, wie Baldus¹³⁾. Wenn er weiterhin den Dolus als „vitium voluntatis“, die Culpa dagegen als „vitium intellectus et memoriae“ bezeichnet¹⁴⁾, so ist das letztere, um einen Widerspruch zu vermeiden, im Sinne des Baldus auszulegen. Danach wäre das kulpöse Handeln nur als unmittelbare Folge eines intellektuellen Fehlens anzusehen, das auf ein „vitium voluntatis“ zurückzuführen ist. Das ergibt sich auch aus den Erörterungen über den Begriff des Delikts. Delikt ist jede strafbare schuldhafte Handlung, die kulpöse und dolose¹⁵⁾. Den Ausspruch Augustins: „delictum est factum cum voluntate, . . . quod justitia vetat“, erklärt Decian mit den Worten des Thomas v. Aquino: „voluntas sola non est ipsa essentia peccati, sed totum peccatum consistit in voluntate, sicut herba vel arbor in radice¹⁶⁾“. Jede Schuld ist schuldhafter Wille, auch die Culpa wurzelt in ihm. — Die genauere Bestimmung des Schuldbegriffs ergibt sich aus Decians Entwicklung des Begriffes Delikt. Er geht von der Entstehung des Delikts aus. Das Delikt, sagt er, hat formelle und materielle Ursachen. a) Die formelle Ursache der Entstehung eines Delikts ist das Gesetz und zwar das gesetzliche Verbot unter Strafandrohung. Ohne Gesetz kein Delikt. „Lex enim delictum facit, quod prius non erat, et econtra licitum facit, quod prius delictum erat“ (So Baldus).

13) Decian, Tr. crim. I. cap. 6 no. 1.

14) a. a. O. no. 4 u. 5.

15) a. a. O. cap. 7 no. 2.

16) II. cap. 3 no. 2. — s. auch Covarruvias, Relectiones II. de homicidio. Init. no. 1. „Delictum aut peccatum committi non posse absque voluntate Voluntas distinguit delictum a non delicto.“

Das Spiel wird Delikt, wenn es durch Gesetz verboten wird, der Verwandtenmord ward erst „parricidium“ durch Gesetz¹⁷⁾. — b) Die materielle Ursache (causa materialis) der Delikte ist der Wille und seine Bethätigung, „voluntas et facta hominum“, denn „voluntas est, qua peccatur et recte vivitur“, „non nisi voluntate peccatur“. Deshalb soll auch die Strafe auf den Willen wirken¹⁸⁾. — c) Die äußerlich wirkende Ursache (causa efficiens) der Delikte ist der Mensch. Was nur im Wollen und Denken gesündigt wird, ist kein Delikt. Der Wille muß durch einen äußerlichen Akt wirksam geworden sein¹⁹⁾. — Danach definiert Decian das Delikt: „delictum est factum hominis vel dictum vel scriptum dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla justa causa excusari potest“²⁰⁾. Zur Entstehung eines Delikts gehört also ein gesetzliches Verbot unter Strafdrohung und die darunter subsumierbare Willensbethätigung. Der bethätigte Wille ist dann Schuld. Deliktsschuld ist demnach: der sich einem Verbot unter Strafdrohung zuwider bethätigende Wille.

Die heftigen Angriffe auf die Bartolinische Einteilung der Schuld in graduelle Abstufungen weist Decian in gehörige Schranken. Bartolus Einteilung sei nicht ohne Nutzen, wenn auch den Quellen unbekannt. Aber ebensogut könne man auch zwölf und mehr Grade nach der Schwere aufstellen. Es genüge, dem Richter einen brauchbaren sicheren Maßstab zu bieten. Die ganze Frage sei eine praktische²¹⁾.

Die Kompilatoren Bargalius und Farinacius bieten

17) Decian II. cap. 2 no. 1—4. no. 4: „Formalem causam delictorum esse dico legem ipsam, quae, cum quid prohibet sub poena, delictum format, cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habet delicti.“

18) a. a. O. no. 5.

19) a. a. O. no. 6.

20) cap. 3 no. 2.

21) Decian I. cap. 6 no. 25. An anderer Stelle: IX. cap. 27 no. 10 eine Übersicht der Grade der Verschuldung und ihres Verhältnisses zur Entwicklung des objektiven Thatbestandes.

nichts Bemerkenswerthes²²⁾. Farinacius schließt sich ganz Decian an.

§ 2.

Mangel der Schuld.

I. Schuld ist nicht vorhanden, wenn die Kausalität des Willens mangelt, sei es daß eine Willensbethätigung überhaupt nicht zu Tage tritt, wie bei bloßen Gedanken und Wünschen, sei es daß die Bethätigung nur eine scheinbare ist, wie bei unüberwindlichem Zwang und Irrtum.

1. Eine „nuda cogitatio“ (Gedanken und Wünsche) ist nicht strafbar. Zu diesem von den römischen Quellen anerkannten Grundsatz, giebt die Glosse die Erklärung: „nam primi motus non sunt in potestate nostra¹⁾“, daher z. B. „sola cogitatio furti faciendi non facit furem“²⁾. Trotz der Tendenz der Kanonisten Gedankenschuld zu strafen, gemäß dem Verbot des „sündigen Begehrens“ im Dekalog, folgt die italienische Doktrin stets der Glosse³⁾.

Wenn der reine Gedanke „stat in finibus cogitationis“, ist Schuld und Strafbarkeit ausgeschlossen, „non peccat, nec punitur“, sagt Albericus de Rosato, weil die Entstehung der Gedanken nicht in unserer Gewalt sei. Aber selbst wenn die „cogitatio transit in declarationem et tunc nasci incipit“, ist sie straflos⁴⁾.

Baldus führt folgendes aus: Da der „motus cogitandi“ nicht in der Gewalt des Menschen steht, so ist, wer einen Gedanken faßt, aber nicht bei ihm verharret, weder vor Gott noch Menschen schuldig. Auch wer hartnäckig beim Wunsch zu

22) Bargalius, de dolo V cap. 1. Er giebt eine höchst oberflächliche Kritik der Bartolinischen Lehre, die er meist dem Zasius, Intellectus jur. entnimmt. — Farinacius, de poen. temper. qu. 88 no. 48 ff.

1) Glo. l. 5 C. de episc. et cler. 1, 3.

2) Glo. l. 1 § 1 D. de furt. 47, 1.

3) Gandinus, de poen. reor. no. 5. Cinus s. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam (5), no. 3: „quando tantum cogitat, nec agit, nec perficit, dico infallibiliter, quod non punitur.“

4) Albericus s. I C. eod. l. no. 4.

delinquieren verharret, ist vor dem weltlichen Richter straflos (außer bei der Haeresie, die ihrer Natur nach schon im Verharren beim Gedanken besteht)⁵⁾. Schon weil kein Schaden und keine Rechtsverletzung herbeigeführt werde, ist ein Mentaldelikt von Rechts wegen straflos⁶⁾.

Salicetus sagt: obgleich die Theologen auch die cogitatio „propter declarationem pravae voluntatis“ strafen wollen, so sei doch eine cogitatio, die in „meris finibus stetit“, dem Rechte nach nicht strafbar⁷⁾.

Decian und Menochius begründen die Straflosigkeit der cogitatio nicht durch den Mangel der Schuld bei Entstehung von Gedanken und Wünschen, sondern durch den Mangel der Kausalität des Willens, durch den Mangel einer Widerrechtlichkeit. Das jus civile und jus gentium, sagt Decian, bezweckt die Erhaltung der menschlichen Gesellschaft, und kann nur durch Thaten, nicht durch verkehrte Gedanken verletzt werden. Die Aufgaben des Rechts sind andere, als die der Moral. Das Recht fordert, daß Niemand verletzt und jedem das Seine werde. Was man ruhig bei sich denkt, berührt es nicht⁸⁾. Ebenso

5) Baldus, s. I C. eod. l. „Quidam cogitant et non perseverant in cogitatione, isti non puniuntur nec a deo nec ab homine. Quidam perseverant in morosa cogitatione et etiam in deliberatione mentis: et isti puniuntur in foro poenitentiali, non in foro judiciali. Fallit in haeresi . . .“

6) Ebenda am Anf.: „motus cogitandi non sunt in nostra potestate“, ... außerdem aber „in delictis puniendis juris fori inspicimus passum. Sed hic ex tali delicto mentali nullus patitur et nemo offenditur, merito non punitur.“

7) Salicet, IX C. ad l. Cor. de sic. l. is qui c. telo, no. 6. — So die com. opin. cf. P. Castrensis s. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus. Clarus, Sent. § practica qu. 91.

8) Decian IX. cap. 28 no. 3. „Jus civile et gentium exitum rei spectat, nec malis cogitationibus poenas statuunt, quippe quod finis eorum sit humanae societatis conservatio, quae nisi facto laedatur, nil ei oberit prava cogitatio. . . . Aliud enim naturae simplicitas et sanctitas, aliud mos gentium et civitatum. Illa monet, ut unicuique benefacias, ut nil impie aut scelerate cogitas, . . . at jus gentium et civile his terminis contenta sunt, ut neminem laedas, honeste vivas, jus suum cuique tribuas. Quid autem tute cogites, modo alteri non obsit, nil curant. . . . legislator exteriores actiones moderator.“

Menochius: Ein „*peccatum cogitationis*“ widerstreitet dem Recht nicht, wer Schlimmes denkt, verletzt Niemanden aufer sich selbst⁹⁾.

Wegen Mangels der Kausalität des Willens weist sich auch das sog. Putativdelikt als Nichtdelikt aus. In dieser Beziehung sagt **Dinus:** es kommt nicht auf die *opinio*, sondern auf den *effectus* an. Hiernach sei der Fall zu beurteilen, wo ein Priester, im Glauben einen Menschen zu tödten, einen Esel tödtete; er sei vom Gericht freigesprochen worden¹⁰⁾. Wer mit der eigenen Frau konkumbiert, in der Meinung, sie sei eine fremde, begeht nicht Ehebruch¹¹⁾. **Jason** betont, daß auch ein putativer Meineid nicht gestraft werden könne¹²⁾.

2. Zwang, *vis* und *metus*, schließt die Schuld aus. Auch psychologischer Zwang, „*justus metus*“, entschuldigt unter Umständen völlig¹³⁾. Als solcher erscheint nicht nur die unmittelbare Drohung, sondern es kann auch schon der bloße Befehl „*justus metus*“ begründen, z. B. wenn die Nichtbefolgung Gefahr für das Leben mit sich bringt¹⁴⁾. Ein durch psychologischen

9) **Menochius**, de arbitr. judic. cas. 360 no. 5. Ausnahme bei Haeresie: no. 6 ff.

10) **Dinus**, s. D. n. ad l. Cor. de fals. l. impuberem § item si servo cf. auch **Albericus**, s. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam no. 9. **Carerius**, Prael. de homicidio S. 216 qu. 3 no. 19 führt für dieselbe Meinung an: **Bartolus**, **Angelus**, **Tartagnus**, **Ang. Aretinus** u. **Marsilius**.

11) Cf. **Joh. Andreae**, de reg. jur. reg. cum quis in jus.

12) **Jason**, Cons. II. 153 no. 4. „... illi qui re vera deponunt veritatem, licet eis incognitam, quamvis temere deponunt, tamen non possunt puniri de falso“.

13) **Bonif. de Vitalinis**, de insultu no. 48. „*Justus metus excusat*.“ **Clarus**, Prael. crim. qu. 50 fol. 164, „*metus et vis excusat*“, — „non punitur“. — **Menochius**, de arb. jud. cas. 354 no. 8: „qui necessitate coactus deliquit, saltem a poena ord. excusatur“ no. 9: „Hinc dicimus adulterii poena non infligi illi, qui coacte deliquit“, no. 10 „ratio: qui coacte deliquit, contra animum suum deliquit“.

14) Nach dem Grundsatz der l. 169 pr. D. de R. J. „*ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse est*.“ cf. **Bartol.** s. D. n. de injur. l. non solum § si curaverit. **Bonif. de Vital.** a. a. O. „*necessitas magna excusat*.“ **Phil. Decius**, de reg. jur. 122 „qua propter“. **Bossius**, Tract. var. de homicidio no. 95; schränkt den Satz der Quellen ein: „*intelligo:*

Zwang begründetes Notstandsrecht wird im Allgemeinen nicht anerkannt¹⁵⁾. In der Regel ist „metus“ nur Strafmilderungsgrund¹⁶⁾.

3. Irrtum (error, ignorantia) schließt die Schuld aus, wenn er durch pflichtmäßige Sorgfalt nicht vermeidbar war¹⁷⁾. „Error juris“, d. h. falsche Auffassung oder Unkenntnis eines Rechtssatzes, insbesondere eines Verbotes, schließt daher in der Regel die Schuld nicht aus, weil er vermeidbar erscheint; ausnahmsweise entschuldigt error juris civilis regelmässig Frauen,

quando verisimiliter debuit mandatarius dubitare de vita sua, aliter, quando esset solitus sic minari.“ Er weist insbesondere auf die Zwangslage der Soldaten dem Befehlshaber gegenüber hin. no. 102. — Decian IX cap. 37 no. 6: „Excusabitur, si justo metu, puta metu saevissimi tyranni, a quo timebat mortem, aliquid de ejus mandato fecerit“. Er citiert hier Baldus und Salicetus. cf. auch Decian IX cap. 32 no. 6, „qui cogebatur omnino exsequi mandatum“, handelt eigentlich nicht, sondern der, der ihn zwingt, z. B. „tyrannus vel judex cogens carnificem occidere reum“. Die That ist dem Ausführenden nicht zuzurechnen. Lib. IX c. 26 no. 13 berichtet er einen Fall, wo einer, „qui jussu potentis viri, cujus mandatis periculosum erat non obtemperare, venenum dedit“, von der „Magna curia Neapolitana“ freigesprochen wurde. — Cf. auch Menochius a. a. O. insb. no. 15 u. 16. Er meint auch Bitten eines Tyrannen seien ebenso zu beurteilen, weil es „preces armatae“ seien (no. 12).

15) Cf. aber Ph. Decius a. a. O. no. 1: „necessitas non habet legem, sed ipsa legem facit“, no. 2: „quod non est licitum lege, necessitas facit licitum“.

16) So die Meisten. Nach Bartolus und der com. op. wird nur bei justus metus und „in levioribus“ gänzlich entschuldigt. Cf. Decian IX c. 37, no. 6. Menoch. a. a. O. no. 2 ff. u. 17 ff.

17) Cf. Cinus s. C. de incest. nupt. l. qui contra. — Albericus s. C. de plag. l. plagii: „quando justa fuit credulitas et justa causa ignorantiae, . . . tunc excusatur“ u. s. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam. — Baldus s. VI C. de furt. l. 20 no. 1. „Veritas et opinio habent se ut contraria . . . et tunc veritas est causa delicti, sed opinio non, et tunc magis consideratur opinio, quam veritas.“ — Angelus s. I D. v. qui not. infam. l. genero no. 1. „Ignorantia facti justa excusat a poena omni.“ Bossius, Tract. de decreto Mediolani no. 20 ff., no. 22: „ex probabili ignorantia quis prorsus excusatur“. — Clarus, Pract. cr. qu. 50 fol. 163. — Decian II. cap. 35 no. 48: „Statuta regulariter non ligant ignorantes, maxime si sint poenalia“, denn „ignorans non dicitur delinquere“.

Minderjährige, Soldaten und ganz Ungebildete¹⁸⁾. „Error facti“, d. h. der Irrtum über Thatumstände, die die Handlung zu einer widerrechtlichen machen, mögen nun diese Umstände der Handlung des Thäters eine von ihm nicht vermutete rechtliche oder kausale Wirkung geben, hat in der Regel keine Präsumtion gegen sich. Eine justa ignorantia wird hier in der Regel angenommen, wenn bei pflichtmäßigem Verhalten kein Grund vorlag, eine widerrechtliche Wirkung zu vermuten. So bei an sich erlaubten Handlungen. Cinus sagt: „Parcitur facile errantibus non affectato nec simulato errore“, z. B. „natus ultra mare redit in patriam suam et contrahit matrimonium cum sorore, quam nescit. Certe talis excusatur¹⁹⁾“. Bartolus entschuldigt den Mandatar, wenn das ihm Aufgetragene an sich erlaubt war, z. B. ich befehle dir in einem Weinberge zu arbeiten, etwa zu ernten, und du hältst irrtümlich den Weinberg für den meinen²⁰⁾.

II. Die Schuld ist ausgeschlossen in gewissen Zuständen, wo der Wille entweder ganz fehlt, oder nicht mit vollem Bewußtsein thätig wird. Diese Zustände aufgehobener oder geminderter Schuldfähigkeit werden von den italienischen Juristen oft nur als Strafmilderungsgründe behandelt. Hier ist das kanonische Recht von hervorragendem Einfluß

18) Über Rechtsirrtum cf. unten § 6. — Über entschuldbaren Rechtsirrtum: cf. Azo, a. a. O. no. 3. — Albericus, s. C. ad l. Jul. de adult. l. stuprum no. 2: „mulier excusatur sive erret in jure civili, sive gentium.“ — Angelus, s. D. n. de h. t. no. 3 beim Incest: bei Frauen wird error präsumiert und entschuldigt in totum. Salicet, s. C. qui sibi ascrib. l. senatus no. 6: „ignorantia juris toleratur in milite, et est ratio: milites magis debent scire arma, quam jura.“ — P. Castrensis, Nov. prael. s. D. n. ad l. Jul. de adult. l. si adulterium, § quia multum, no. 1: „mulier si errat in jure positivo excusatur totaliter.“ Cf. auch Decian a. a. O. „Civis novus justam habet causam ignorantiae Statutorum.“

19) Cinus a. a. O. no. 1.

20) Bartol s. D. n. de injur. l. non solum § si mandato no. 5. Ebenso Salicet s. IX C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 9 u. 10: „error vel opinio versatur circa delicti productionem, puta quod non putavit delictum committere: . . . aut cogitatum et attentatum est de genere permissorum: et tunc secundum cogitatum nos judicamus, quia praevallet opinio veritati“. — Ebenso Bossius de mandato ad homic. no. 11 „com. op.“

gewesen, indem es den Mangel des Willens und der Zurechnungsfähigkeit betonte.

1. J u g e n d. Bei Beurteilung des jugendlichen Alters als Grund mangelnder Schuldfähigkeit folgt die italienische Doktrin dem kanonischen Recht. Kinder unter sieben Jahren sind nicht schuldfähig²¹⁾, während bei den „impubes“ im einzelnen Falle die „capacitas“ festzustellen ist, doch sind auch die „doli capaces“ stets milder zu strafen. Beim „proximus pubertati“, wodurch eine feste Altersgrenze nicht bezeichnet wird, soll im allgemeinen die Kapazität präsumiert werden, außer bei „delicta carnis“²²⁾. — Angelus Aretinus will beim „impubes doli capax“ einen Unterschied zwischen Kommissiv- und Omissivdelikten machen und die letzteren, weil sie in geringerem Maße für eine bewusste Willensbethätigung sprechen, nicht zurechnen. Dagegen erklärt sich Augustinus Ariminensis: „etiam in omittendo et sic in negligendo impubes punitur criminaliter, si doli capax et proximi pubertati.“ Sogar die Todesstrafe soll zulässig sein nach richterlichem Ermessen²³⁾. Nicht ganz einig war man in späterer Zeit über die Frage, ob „minor aetas“, das nach römischem Recht bis zum 25., nach vielen Municipalstatuten bis zum 18. Jahre reichte, eine Strafmilderung zur Folge habe.

21) Azo, Summa C. ad l. Cor. de sic. no. 4. — Alberic. s. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam. no. 11: „infans et proximus infantiae non punitur.“ Baldus s. D. v. ad l. Aquil. l. injuriarum: „furiosus et infans non sunt capaces delicti, sic nec animalia bruta, et ideo factum ab eis fit impune, quia est factum sine dolo et culpa.“ Cf. Cons. V. 384, wo er das tödtende Kind einen „homicida formalis et non causalis“ nennt, im Gegensatz zum Mandanten, der „h. causalis“ aber „non formalis“ sei. Der Willenskausalismus ist rechtlich nicht vorhanden beim Kinde. — Bonif. de Vitalin. de homicidio no. 6. — Angel. Aretin. de malef. s. v. scienter dolose no. 6: „infans non tenetur, quia dolo vel delinquendi voluntate caret.“

22) Alberic. a. a. O. „proximus pubertati punitur ex omnibus delictis praeter delicta carnis“. Jedoch „mitius punitur.“ — Ebenso Ang. Aretin. a. a. O. — Ph. Decius de reg. jur. 108 no. 1 u. 2: „si pupillus committat homicidium, licet sit doli capax non tamen debet decapitare.“

23) Ang. Aretinus a. a. O. no. 12. August. Arimin, ebenda i. s. Addit.

Barth. Socinus hält nach den Statuten eine Strafmilderung für Minorenne (18. Jahr) bei doloser Tödtung für ungerechtfertigt²⁴). Auch Hippolytus de Marsiliis bemerkt in Bezug auf 16-jährige Buben: sie seien bei Tödtungen durch Steinewerfen nur zu entschuldigen, weil nach alter Gewohnheit das Spiel erlaubt sei, nicht mit Rücksicht auf ihr Alter²⁵). Philipp Decius dagegen meint, auch gegen minores XXV annis könne ihrer Jugend wegen eine mildere Strafe verhängt werden²⁶). — In späterer Zeit wollten manche auch bei Kindern unter sieben Jahren die individuelle Kapazität entscheiden lassen, weil die Grenze der Schuldunfähigkeit für die damalige Generation zu hoch gesteckt erscheine. Denn, wie Hippolytus de Marsilis sagt, „hodie infantes sexto aetatis suae anno callidiores esse et mali capaciores, quam olim fuerant anno quinto decimo²⁷).

2. Geisteskrankheit. Der Geisteskranke ist schuldunfähig²⁸), in den „lucida intervalla“ jedoch verantwortlich; doch spricht gegen die Zurechnungsfähigkeit immer die Vermutung, sie muß als im Augenblick der That vorhanden strikt bewiesen werden²⁹). Menochius weist die von Socinus und Marsilius vertretene Ansicht zurück, daß der furiosus strafbar sei, wenn er durch eigene Schuld der Krankheit verfallen ist, „cum quis suo ipso facto et culpa in furorem incidit.“ Menochius sagt, in jedem Falle sei ein furiosus unzurechnungsfähig, also straflos, mag er nun culpa oder casu in Wahnsinn verfallen sein³⁰).

3. Der Taubstumme, „mutus et surdus“, wird, sofern ihm infolge seines Fehlers die nötige Einsicht mangelt, wie ein Geisteskranker oder ein Kind beurteilt³¹).

24) Barth. Socin. Cons. II, 157, no. 11.

25) Marsil. Pract. § quoniam, no. 98.

26) Ph. Decius a. a. O. no. 3.

27) cf. darüber Damhouder, Practica, cap. 84, no. 1—4, wo er Marsilius citiert.

28) Baldus a. a. O. Bonif. de Vitalin, de insultu, no. 48.

29) Ang. Aretin. a. a. O. no. 8—11.

30) Menoch. de arb. jud. cas. 325 no. 9.

31) Farinacius, de poen. temp. qu. 98, causa 17 no. 159 f., nach Bartolus, Baldus u. com. opin.

4. Trunkenheit. Für die Beurteilung der Zustände vorübergehender Schuldunfähigkeit boten die römischen Quellen der italienischen Doktrin nur ungenügende Grundlagen. Die Trunkenheit wird nur als Grund mangelnder Überlegung, die sowohl eine Zurechnung zum Dolus, als zur Culpa zuläßt, aufgefaßt. Dagegen wurden die Grundsätze des kanonischen Rechts hier maßgebend. Das kanonische Recht hob einerseits den Mangel der Schuldfähigkeit in solchen Zuständen hervor, und wies andererseits auf die Schuld des Thäters bei Herbeiführung derselben hin³²⁾, wodurch die richtige Beurteilung der sog. „actiones liberae in causa“ angebahnt wurde.

Die italienische Doktrin ist nicht ganz einig. Leichtere Trunkenheit hebt die Schuldfähigkeit nicht auf, wohl aber sinnlose Trunkenheit „cum exilio mentis“³³⁾. Während viele mit Bartolus und Baldus auch in diesem Falle nur eine Strafmilderung eintreten lassen wollen, indem sie in der Regel eine culpose actio libera in causa annehmen³⁴⁾, heben andere die Straflosigkeit des in der Trunkenheit begangenen Delikts

32) cf. c. 7 u. 9, C. 15 qu. 1.

33) cf. Baldus s. IX. C. qui accus. non poss. l. 10 no. 6. „Parva ebrietas non minuit delictum, et delictum per levem ebrietatem, — — — dicitur impetu factum, — — — iste est minor dolus — — —.“ — cf. Menochius a. a. O. cas. 326. Von der Strafmilderung sagt er: „non procedat in eo, qui levi ebrietate affectus erat: nam illi non minuitur poena ordinaria, sec. Bartol. s. C. qui accus. non poss. l. data opera.“

34) Gandinus, de poen. reor. no. 6. — Bartol. s. D. n. de poen. l. 3 § delinquant (d. i. l. 11 § 2) no. 2. Baldus s. IX. C. qui accus. non poss. l. 10 no. 5 u. 6. „ebrietas magna delictum extenuat, non autem in totum excusat.“ Angelus de Ub. s. C. de injnr. l. si non convicii no. 7. „si ebrietas eum posuit extra sensum, ut videmus communiter in multis ebriosis: non tenetur injuriarum.“ Doch mache ihn eine „culpa praecedens“ strafbar (no. 8). — Salicet s. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 7 ist nur für Strafmilderung: „quia non est culpa vini sed bibentis.“ — Tartagnus s. C. de dolo l. dolum no. 6 wie Bartolus, ebenso Bossius, de homic. no. 78. Clarus, Pract. qu. 50 fol. 163 will den Trunkenen mit einer milderen Strafe belegen, weil „ebrius excusatur a dolo non a culpa“. Nach der com. op. sagt Clarus, sei der ebrius „si sine culpa fuisset factus ebrius“ ganz zu entschuldigen, in praxi aber komme einer wohl kaum ungestraft durch.

hervor und betonen meist nur die Strafbarkeit der dolosen *actio libera in causa*³⁵).

Das vorsätzliche Sichversetzen in trunkenen Zustand, um ein Delikt zu begehen, wird der dolosen Begehung des Delikts gleichgestellt. Grundlegend ist hier die Lehre des Baldus, auf die sich die Meisten berufen³⁶). Erst die italienischen Juristen haben die *actiones liberae in causa* richtig gewürdigt. Wenn auch das kanonische Recht sie durch Hinweis auf die „*culpa praecedens*“ auf den richtigen Gedanken geleitet hat, so ist doch die kanonische Auffassung eine wesentlich andere. Das kanonische Recht sah die Schuld im übermäßigen Trinken an sich, so daß das in der Trunkenheit verübte Delikt nur als Folge einer an sich unerlaubten Handlung und deshalb mitverschuldete Folge, zugerechnet wurde. Dagegen nahm die italienische Doktrin deshalb Schuld an, weil der Wille schon vor dem Zustand der Unzurechnungsfähigkeit kausal geworden war. Bei Farinacius, der beide Standpunkte neben einander vertritt, zeigt sich der Unterschied beider Meinungen auch in ihrer Tragweite deutlich. Farinacius sagt: 1) es werde nicht gestraft „*ob delictum in ebrietate commissum, in quo nec dolum nec culpam habet, sed tantum pro culpa ac levitate, quam commisit se inebriando.*“

35) cf. Albericus, s. C. ad l. Jul. de majest. l. super rubrica no. 2: „*si quis per ebrietatem committat maleficium — — — non punitur*“, no. 3: „*ebrius aequiparatur furioso.*“ — Bonif. de Vitalin. de homicidio no. 6 u. de insultu, no. 48: „*ebriosus non punitur, si deliquit, nisi dolose inebriaverit.*“ — Carerius, de homicid. S. 328 no. 1: „*ebrietas excusat ad instar furoris*“ („*ebrietas levis*“ jedoch nicht), no. 3: „*nisi dolose sciens suum vitium inebriaret se, ut occideret, et occidit; tunc punitur poena ordinaria.*“

36) cf. Baldus s. VIII. C. unde vi l. 1 no. 4. Bartolus scheint sich hierüber nicht geäußert zu haben. — Wie Baldus: Bonifacius de Vitalin a. a. O. Angel. Aretinus, de malef. s. v. scienter dolose no. 17. — Carerius a. a. O. — Menochius, de arb. jud. cas. 326 no. 8 ff. Eine Strafmilderung sei unzulässig bei dem, „*qui data opera factus est ebrius et deliquit. Est enim ebrietas affectata, dolosa et poena gravi digna.*“ Insbesondere beweise, wer sich später der in der Trunkenheit begangenen That rühme, daß er dolose mit bewußtem Willen gehandelt habe, und sei nicht milder zu strafen. Cf. aber weiter unten.

ed/cegl. | Das ist der Standpunkt des kanonischen Rechts: übermäßiges Trinken mit schlimmen Folgen ist stets strafbar³⁷⁾. 2) „Qui sciens se solitum in ebrietate delinquere et alios percutere ac offendere, non abstinuit se a vini immodica potatione et se inebriavit, . . . tunc enim delinquendo punitur non mitius, sed poena ordinaria“. Diesen Fall stellt Farinacius dem ganz gleich, wo 3) der Thäter handelt „in ebrietate procurata et affectata ad effectum, ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum ea excusaret“³⁸⁾. Aus der dem kanonischen Recht entsprechenden Beurteilung des ersten Falles läßt sich die richtige Auffassung über die actio libera in causa garnicht ableiten. In diesem Falle würden die Kriminalisten keine Schuld annehmen. Der zweite Fall stellt nach kriminalistischer Auffassung eine bloß culpose, und nur der dritte eine dolose actio libera in causa dar. — Während im Allgemeinen die Berechtigung einer solchen Zurechnung nicht bezweifelt wird, giebt Menochius, obgleich er die herrschende Lehre präzise darstellt und billigt, einem Zweifel Ausdruck. Er meint, es sei immerhin dieselbe Schwierigkeit vorhanden, wie bei der Zurechnung der That eines Wahnsinnigen³⁹⁾. In Bezug auf diesen hatte er die Zurechnung für unmöglich erklärt, auch wenn der furiosus seinen Krankheitszustand verschuldet hat, weil er in jedem Falle nicht wisse, was er thue.⁴⁰⁾ Dieses beweist, daß Menochius den kanonischen Gesichtspunkt nicht ganz überwunden hat, dabei aber einsieht, daß dieser für die juristische Beurteilung der actiones liberae in causa unbrauchbar ist.

= myf. | 5. Die Zustände der Schlaftrunkenheit, des Nachwandeln und des Fieberdelirium werden der Trunkenheit analog behandelt. Der „dormiens delinquens“ wird dem furiosus gleichgestellt, wenn er nicht die schädlichen Folgen seines Zustandes durch Vorsicht hätte vermeiden können. Das Delikt ist in solchem Falle culpos begangen. Bartolus sagt: „aut iste talis sciebat hoc evenire sibi et tunc sibi debet

37) cf. Farin. de poen. temp. qu. 93 no. 4.

38) a. a. O. no. 20 u. 21.

39) Menochius a. a. O. no. 9. cf. oben Anm. 30.

40) cf. oben S. 29, 2.

providere, ut jaceat solus vel ut nemo sit in camera sua: et si non fecit, est in culpa et propter culpam tenetur. — — — Si vero hoc non sciebat sibi evenire, tunc ei parcitur, nam dormiens aequiparatur furioso⁴¹⁾. Die dolose actio libera in causa hebt Carerius hervor. Wenn der Thäter, sein Übel kennend, unvorsichtig ist, liegt culposes homicidium vor, „nisi dolose sciens suum vitium dormierit, ut occidat“, in welchem Fall er für doloses homicidium mit der poena ordinaria zu strafen ist⁴²⁾.

6. Auch der höchste Grad des Affekts wird von den späteren Kriminalisten als Zustand aufgehobener Schuldfähigkeit, analog der Trunkenheit beurteilt. Hierher gehört der „furor amoris“, „immensus dolor“ und die „maxima iracundia“. In der Regel wird aber nur strafmildernder Mangel der Überlegung angenommen. Wenn der Affekt aber so groß ist, daß dem Thäter Bewußtsein und Unterscheidungsvermögen mangelt oder stark getrübt ist, so wird er dem furiosus gleichgeachtet⁴³⁾.

§ 3.

Schuld als Voraussetzung der Strafe.

Im Allgemeinen ist in der italienischen Doktrin der Grundsatz anerkannt, daß Schuld die Voraussetzung jeder

41) Bartol. s. D. n. ad l. Cor. de sic. l. poena parricidii. — Bald. s. D. v. ad l. Aquil. l. si servus § si fornicarius, no. 3: „vitio naturali non parcitur, quando culpa praecedat.“ — Angelus de Ub. s. C. de injur. l. si non convicii no. 8. — Ang. Aretin. a. a. O. no. 17. — Bossius, de homicid. no. 78. — Clarus, Pract. qu. 50 fol. 163, culpa: „si aliquando id ei contingere soleret.“ — Menoch. a. a. O. cas. 327 no. 1—4, no. 4: culpa: „cum quis sciebat de dormiendo surgere, deambulare et similia agere; debuit enim praecavere claudendo ostium cubiculi. Cum ergo omni culpa vacat, ab omni poena immunis est.“ — Farinacius a. a. O. qu. 98 no. 62 f. u. 70.

42) Carerius, de homic. S. 328 IV no. 1 u. 3. cf. auch Menochius a. a. O. no. 8: „dormiens si deliquit et deinde vigilando ratum habuit, quod fecit, poena ordinaria punitur“ (Beweis des vorhergehenden Dolus).

43) Über den furor amoris: Clarus a. a. O. fol. 162: „amor furoris species.“ — Menochius a. a. O. cas. 328: „amore captus furioso

Strafe ist. Abweichungen von diesem Grundsatz sind entweder auf Schuldpräsumtionen oder auf politische Nützlichkeitsgründe zurückzuführen. Die sehr strenge Haftung auch für die zufälligen Folgen einer unerlaubten Handlung, die das kanonische Recht konstituiert, ist keine Durchbrechung dieses Grundsatzes, sondern vielmehr eine strengere Durchführung des positiven Prinzips: „jede Schuld fordert Strafe“. Die von den italienischen Juristen anerkannten Abweichungen vom Grundsatz „Ohne Schuld keine Strafe“ gründen sich zum Teil auf die römischen Quellen¹⁾, zum Teil sind sie Früchte der politischen Zustände der Zeit.

Dinus bespricht die Regel: „sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus“. Daraus folge zwar: „ubi non est delictum, ibi non potest imponi poena“, aber nur wenn nicht eine besondere causa vorliege. Als ein genügender Grund sei der Nutzen des Staates anzusehen: „aliquando suadente publica utilitate, et sic causa interveniente punitur quis sine culpa“. So könne jemand z. B. „causa sedandi tumultus“ sogar mit dem Tode bestraft werden²⁾. Ferner sei die causa

et dormienti similis.“ — Decian. VI cap. 11 no. 10: „amoris furor excusat a perjurio cum mentem sanam habere non dicatur.“ — Farinacius a. a. O. qu. 88 no. 77—79. Er citiert auch Oldradus, Albericus u. Baldus. Nach Albericus: „parcendum esse amoroso, qui furore libidinis et amoris aliquid prohibitum fecit, cum id videatur fecisse quasi furiosus et demens.“ Über „immensus dolor“ u. „maxima iracundia“: Ph. Decius, de reg. jur. 48 no. 6—8: „maxima iracundia, propter quam alienatus sit a mente.“ — Hipp. de Marsiliis, Cons. 68 no. 17: „homo intenso dolore commotus inopinate praeventus non est in plenitudine intellectus.“ — Carerius a. a. O. S. 368 no. 1 ff., no. 5 u. 6: bei „dolor immensus“ — „nulla poena“. — Decian a. a. O. no. 9: „ira vehemens ex quo impeditur animus, ne possit cernere verum, excusabitur“, jedoch nur bei „justa causa“. —

1) cf. l. 7 § 3 D. ad l. Jul. maj. 48, 4; l. 11 eod. Ferner die sehr harten Bestimmungen über die Kinder: l. 5 § 1. C. eod. 9, 8. cf. auch C. de haeret. 1, 5. Durch das Kanon. R. sind die röm. Grundsätze über den Hochverrat auf die Häresie ausgedehnt worden. — cf. auch bei der Münzfälschung die Strafe des Grundeigentümers: l. 1 § 4. u. 5. C. de fals. mon. 9, 24.

2) Dinus, de reg. jur. 23 no. 1 u. 2.

klar, warum man bei Hochverrat und Häresie die Söhne „propter delictum patris“ strafe, „nam quia sunt de genere improbato est praesumptio continuationis paterni criminis contra eos“³⁾).

Über die Zulässigkeit des Justizmordes äußert sich Gandinus noch unverhohlener. Er meint, wenn ein großer Volkstumult nicht anders beruhigt werden könne, als durch die Verurteilung eines Unschuldigen oder die Freisprechung eines Schuldigen, so könne das geschehen, „licet non est de jure“, und zwar solle man nur rasch die Strafe vollstrecken, resp. aufheben „propter tumultum et scandalum“⁴⁾. — Ausser den Fällen der Häresie und des Hochverrats führt Gandinus noch den Fall der Münzfälschung an, bei der der Herr des Grundstückes oder Hauses, in dem die falschen Münzen fabriziert worden sind, durch den Verlust des Hauses oder Grundstückes gestraft werde, obgleich er „nec cogitavit, nec egit, nec perficit“⁵⁾.

Während eine solche politische Justiz von den späteren nicht vertreten wird, werden die in den Quellen begründeten Fälle der Häresie und des Hochverrats als Ausnahmefälle angeführt mit Hinweis auf jene Schulpräsumtion⁶⁾. Der meist allein angeführte Präsumtionsgrund spricht nicht sowohl für Mitschuld, etwa Mitwissen oder Beihülfe, als für eine künftige Neigung in derselben Weise zu delinquieren, was von Baldus und Fulgosius auch zum Ausdruck gebracht wird⁷⁾.

3) Dinus a. a. O. no. 4.

4) Gandinus, de homicidiariis fol. 29.

5) Gandin. de poen. reor. no. 7.

6) cf. u. a. Cinus, s. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam no. 3. „Quando quis non cogitat, non agit, non perficit, regulariter non punitur ipse, sed punitur auctor delicti. Fallit in crimine laesae majestatis et fallit secundum quosdam in primipillo.“ Der „primipilus“ (Hauptmann der Scharwache) soll nach Meinung Einiger auch „causa sedandi tumultus“ gestraft werden können.

7) Baldus s. I. C. ebenda „... quia juris fictione praesumitur filius imitator delicti paterni.“ — Raph. Fulgos. s. C. ad l. Jul. maj. l. quisquis no. 4: „nota filios esse successores criminis paterni, nam est verisimile, quod cum nati sint ex eodem sanguine, debeant esse ejusdem maliciae.“

Zweites Kapitel.

Der Dolus.

I. Begriff des Dolus.

§ 4.

1. Die Dolusdefinition.

Die Schuldbegriffe der italienischen Rechtslehre des Mittelalters festzustellen ist deshalb nicht ohne Schwierigkeit, weil das gesamte Recht, insbesondere aber das Strafrecht zur Zeit der Postglossatoren in einem stetigen Umbildungsprozeß begriffen war. Im 14. und 15. Jahrhundert wurden die allgemeinen Lehren und Begriffe am durchgreifendsten um- und ausgestaltet. Es kann daher nicht fehlen, daß sich in den Werken dieser ganzen Zeit noch unfertige Begriffe und Widersprüche in der Begriffsbestimmung und den kasuistischen Entscheidungen finden, die den unausgeglichene Gegensatz der römischen und der moderneren Anschauungen deutlich zeigen.

Die Schuldbegriffe der römischen Quellen und die der italienischen Doktrin und Praxis deckten sich nicht mehr. In der Schuldlehre wurden die ersteren bei Begriffsbestimmungen immer noch festgehalten, während die letzteren in der sich an die Praxis lehnenen Kasuistik und in den ausführlichen Darstellungen der Zurechnungslehre zum Ausdruck kamen¹⁾.

1) Es zeigt sich hier ein ähnlicher Widerspruch wie in den römischen Quellen zwischen den Definitionen des Dolus, der Culpa lata und der praktischen Behandlung der Dolus- und Culpa-lata-Fälle.

Das gilt vor allem vom Dolusbegriff. Aus den Begriffsbestimmungen und den theoretischen Erörterungen über Wesen und Grenzen des Dolus lässt sich der wahre Begriff nicht entnehmen. Den praktischen Entscheidungen, der Zurechnungslehre, wie den dabei angeführten Beispielen entspricht ein anderer und weiterer Dolusbegriff, als die Definitionen ergeben. Beim Definieren hielten sich die italienischen Juristen an das von den Quellen Gebotene, kritisierten die dort gegebenen Definitionen, erweiterten sie und änderten sie; das ergab aber immer nur eine mehr oder weniger treue Charakteristik des römischen *dolus malus* im Gegensatz zur *Culpa*, keine erschöpfende Begriffsbestimmung des der Praxis und Doktrin zu Grunde liegenden Dolus.

Die meisten Juristen begnügen sich mit den Worten des Labeo: der Dolus ist „*calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum*.“ So Azo, Albericus de Rosato, im wesentlichen ebenso Bartolus, Salicetus u. a.²⁾ Diese Definition des Labeo, wie die des Servius („*simulatio dissimulatio*“), will nur die eine wichtige Erscheinungsform des Dolus bezeichnen, die auch allein in der eigentlichen Bedeutung des Wortes ausgedrückt ist.

Baldus hebt richtig hervor, dass der Dolus weitere Grenzen hat, als die ursprüngliche Bedeutung ihm zuteilt, indem er zwei Erscheinungsformen des Dolus unterscheidet. „*Duplex est dolus: 1) dolus velatus, qui committitur sine vi simulando et dissimulando*“, z. B. „*faciendo clam*“, wie beim *furtum*; 2) „*dolus apertus, qui committitur cum vi*“. Das ist in der That der ganze Umfang des römischen *dolus malus*. Der böse Wille äussert sich und sucht sich durchzusetzen entweder heimlich durch Täuschung, d. i. Arglist, „*dolus*“ i. e. S., — oder durch offenen Eingriff in das Recht, — „*vis*“. Bal-

2) Azo, *Summa C. II de dolo* no. 1. — Joh. de Blanosco, *de actionib.* fol. 5. — Albericus s. I *C. de dolo*, l. super no. 1. — Bartol. s. I *D. v. depos.* l. quod Nerva, *Repetitio* no. 12. — Salicet ebenda no. 5.

dus erweitert daher seine Definition: „dolus est malicia in alterius damnum prorumpens“³⁾).

Den Dolusbegriff durch erschöpfende Definition festzustellen, haben die italienischen Juristen sich überhaupt nicht bemüht. Sie suchten diese Schuldart in der angegebenen Weise nur als Gegensatz der Culpa zu charakterisieren. Daß die hergebrachten Definitionen zu enge Grenzen zogen, wurde sehr wohl erkannt, man legte aber wenig Gewicht darauf, weil man es für vergebliche Mühe hielt, Begriffe so fest bestimmen zu wollen, daß jede Kritik ausgeschlossen sei⁴⁾.

Am eingehendsten beschäftigt sich Decian mit der Umschreibung des Dolusbegriffes. Dolus ist nach ihm die auf Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges gerichtete Absicht. Er unterscheidet „propositum“ von „voluntas“ und „animus“. *Propositum* ist der Entschluß die Handlung vorzunehmen, die einen beabsichtigten Erfolg verwirklichen soll: „propositum versatur in rebus mediis, quae ad finem spectant“. „Propositum et consilium“, Vorsatz und Entschluß, ist der Entstehungsgrund, „principium“, jeder Handlung; durch sie entsteht nur die Körperbewegung, „motio“, nicht schon der beabsichtigte Erfolg, „finis et extremum“. *Voluntas* oder *animus* ist dagegen Absicht, der auf Verwirklichung des Erfolges als Ziel gerichtete Wille: „voluntas autem respicit finem ipsum duntaxat“⁵⁾. Im *propositum* an sich sieht Decian also noch nicht kausalen Willen, sondern nur in Verbindung mit dem *animus*. Dann ist aber diese Unterscheidung wenig fruchtbar, denn er sucht auf dieser Grundlage nicht zu einer Erweiterung des Dolusbegriffes zu kommen.

3) Bald. s. IV C. de pigner. act. l. quae fortuitis (5). cf. auch s. D. v. de dolo, l. dolum, wo er die Ansicht des Labeo: „dolus est omnis malicia ad laesionem alterius tendens“ der des Servius, „simulatio“, vorzieht, weil es auch einen „dolus apertus“ gäbe.

4) cf. Decian I cap. 4 de dolo no. 4: „illud prae oculis habemus definitionem nullam esse in jure, quae, si omnia velis scrupulose excutere, periculosa non sit, et parum absit, quin subverti possit“, sagt er am Schluss seiner eigenen Bemühungen.

5) Decian. IX cap. 27 no. 4.

§ 5.

2. Der Dolusbegriff der italienischen Doktrin.

Die italienische Doktrin ist zum Begriff des „Vorsatzes“ im Unterschiede zum *dolus malus* nicht gelangt. Ansätze dazu finden sich bei Einzelnen in ihrer Auffassung der *culpa dolo proxima* (cf. Kap. III insb. §§ 22 u. 24). Die Lehre von der Zurechnung des Erfolges ergiebt dagegen eine Erweiterung des Dolusbegriffs. Nach dieser lässt sich der Dolus der italienischen Doktrin etwa in folgender Weise charakterisieren.

I. Dolus als rechtlich-kausaler Wille ist Wille mit dem Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit seiner Verwirklichung; in diesem Sinne: bewusst rechtswidriger Wille. Das Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der Handlung ist wesentliches Merkmal des Dolus. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit schliesst Dolus aus (§ 6).

II. Dolus als thatsächlich-kausaler Wille ist:

1) Der Wille, den rechtswidrigen Erfolg zu verursachen.

2) Der Wille, die Ursache des Erfolges mit dem Bewusstsein ihrer blofs möglichen Wirksamkeit zu setzen. Denn nach der herrschenden Meinung ist der Erfolg dolose herbeigeführt, wenn der Thäter vorsätzlich eine Handlung vornimmt mit dem Bewusstsein, dass diese ihrer Natur oder den Umständen nach die Gefahr des Erfolges mit sich bringe: „*factum verisimiliter tendit ad finem secutum.*“ ✓
Dieser Auffassung des Bewusstseins von der augenscheinlichen Möglichkeit des Erfolges als Gefährdungs- und deshalb auch als Verletzungsdolus liegt die Annahme eventuellen Wollens des Erfolges zu Grunde. In diesem Gefährdungsdolus werden einerseits die Fälle des *dolus eventualis* als Dolus anerkannt, andererseits Fälle der sog. bewussten Culpa zum Dolus gestempelt (§§ 10 u. 12 f.). — Einige denken sich in solchen Fällen den Dolus als einen „*dolus generalis*“ im Sinne einer sich auf einen allgemeineren Verletzungsbegriff beziehenden Absicht. An sich liegt in der Annahme eines solchen *dolus generalis* keine Erweiterung des Dolusbegriffes, ✓

sondern nur eine Beziehung des Dolus auf einen allgemeineren Deliktsthatbestand (*dolus genere delicti determinatus*). In diesen Fällen ist aber diese Beziehung des Dolus bloß auf das Gefährdungsbewußtsein des Thäters gegründet. Es liegt also thatsächlich doch eine Begriffserweiterung vor (§ 13). — Bei einzelnen späteren italienischen Juristen erscheint der Dolus:

✓ 3) als der direkt und unmittelbar auf die den Erfolg verursachende Handlung und dadurch indirekt und mittelbar auf den Erfolg gerichtete Wille: *dolus indirectus*. Die Annahme einer indirekten Willensrichtung auf den Erfolg liegt der Zurechnungslehre der italienischen Doktrin sonst nicht zu Grunde; sie ist an sich wesentlich unabhängig vom Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit des Erfolges; doch wird indirekter Wille nur bei einer, ein solches Bewußtsein des Thäters indizierenden Handlung angenommen, und dadurch nur Fälle bewußter Culpa in Konkurrenz mit doloser Handlung, gleich denen des eventuellen Vorsatzes, zum Dolus gerechnet (§ 14).

Ein Irrtum über die kausale Tragweite der Handlung schließt den Dolus in Bezug auf den nicht vorausgesehenen Erfolg aus. Irrtum wird regelmässig bei nicht auf den Erfolg augenscheinlich hinwirkenden Handlungen angenommen (cf. §§ 12 u. 13, § 10 u. Baldus in § 11). Viele halten den Irrtum über bloße Qualifikationsgründe für irrelevant (§ 9). Einige nehmen bei gleichartigem, aber an anderem, als dem angegriffenen Objekt, bewirktem Erfolge (*aberratio ictus*) einen *dolus generalis* im Sinne einer auf ein generalisiertes Objekt gerichteten Absicht (*dolus cum objecto generali*) an (§ 11).

Irrelevant ist der Irrtum über das Verbrechensojekt, soweit er nicht ein wesentlich zum Verbrechensthatbestand gehörendes Moment betrifft. Irrelevant ist daher der Irrtum über die Quantität, Qualität, soweit diese kein Qualifikationsgrund ist (§ 9), und über die Identität des Objekts (Verwechslung) (§§ 10 u. 11). Einige glauben, die Zurechnung zum Dolus im letzten Falle nur durch Annahme eines *dolus cum objecto generali* („d. in genere“

in anderem Sinne, als Baldus meint) rechtfertigen zu können (§ 11).

§ 6.

II. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

Dolus ist der bewußt-rechtswidrige Wille. Das Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit, d. h. von der rechtlichen Unerlaubtheit der Handlung, ist wesentliches Merkmal des Dolus. Denn beim Zweifel über das Vorhandensein dieses Merkmals im einzelnen Fall kann der Dolus nur präsumiert werden. Die Entkräftung der Präsuntion hindert die Zurechnung zum Dolus.

Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung schließt daher Dolus des Thäters aus, sei es, daß ihm das Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit mangelt infolge Unkenntnis des die Handlung verbietenden Rechtssatzes oder irrtümlicher Subsumtion seiner Handlung unter einen Rechtssatz, sei es infolge irrtümlicher Voraussetzung von Umständen, die die Handlung zu einer rechtmäßigen machen würden.

Die Glosse stellt den allgemeinen Satz auf: „*quaelibet ignorantia etiam juris excusat a dolo*“¹⁾. Es ist gleichgiltig, ob die ignorantia oder der error sich auf eine justa oder injusta causa gründet: Dolus ist mit beidem unvereinbar.

Albericus sagt: „*ignorantia facti vel juris probabilis in eo, qui nemini nocere cupit, sed aestimat se juste facere, doli praesumptionem excludit*“²⁾. An anderer Stelle meint er: error juris civilis entschuldige, nicht aber error juris naturalis. Er nimmt hier aber nur Culpa an, denn er fügt hinzu: „*dolo caret: sive error justus, sive injustus*“³⁾. Baldus sagt ausdrücklich: „*a poena corporali excusatur ignorantia sive justa sive injusta*“⁴⁾. Ebenso Angelus: „*ignorantia juris non ex-*

1) Glo. z. l. 14 C. de plag. 9, 20.

2) Alberic. s. C. de dolo, l. dolum, no. 5.

3) Alberic. s. II D. n. ad l. Cor. de sic. l. in lege, no. 7 u. 8.

4) Bald. Cons. III 9, no. 3.

cusat, nisi solum a poena doli, a qua excusat etiam injusta ratione motus“. Dabei citiert er Jacobus Butrigarius, der lehre: wer einen nicht solenniter Gebannten tötet im Glauben, daß das erlaubt sei, irre in jure und entgehe der Dolusstrafe⁵⁾. Angelus betont oft, daß ignorantia juris immer nur culpa lata, nie Dolus sei. Ebenso Salicetus⁶⁾. Marianus Socinus meint: „quaelibet causa excusat a dolo, etiam si injusta et bestialis, — — — ideo error seu ignorantia juris excusat a dolo“⁷⁾. Nach Jason de Mayno entfällt der Dolus bei jeder causa: „fatua“, „temeraria“ und „injusta“⁸⁾, und Philipp Decius sagt: „dolo caret, licet in jure erraverit“⁹⁾. Bossius erklärt, daß „ignorare jus lata culpa“ sei¹⁰⁾. Farinacius stellt als opinio communis fest: „ut a dolo excuset nedum quaelibet causa et quaelibet credulitas, si sit levis et injusta, sed etiam si sit quoquomodo colorata, irrationabilis, fatua, temeraria seu bestialis“. Er führt dann die einzelnen Delikte auf: homicidium, falsum, perjurium, injuria, delicta carnis, — bei allen entschuldige auch injusta causa und error juris¹¹⁾.

Von Entscheidungen praktischer Fälle seien hier folgende angeführt. — Die Glosse bemerkt zur l. 108 D. de R. J.: „Et de imprudentia, quae etiam majores excusat, pone in eo, qui rapuit rem suam, credens sibi licere. Nam excusatur a poena furti et vi bonorum raptorum, licet non a poena constitutionis «si quis in tantum»“, und verweist auf § 1 J. vi bon. rapt. 4, 2 („qui aliquo errore inductus suam rem esse et im-

5) Angel. de Ub. s. I D. v. de his qui not. infam. l. genero no. 1.

6) Angel. a. a. O. l. liberorum § notatur. — Salicet s. D. v. de jur. et facti ignor. l. regula no. 3: „ignorantia juris est lata culpa.“ cf. auch Tartagnus, Cons. VII 160.

7) Mar. Socin. Cons. I 98 no. 12.

8) Jason s. I D. n. de acquir. possess. l. justa no. 31 u. Cons. II 153, no. 1 u. 2: „omnis credulitas licet fatua excusat a poena doli“.

9) Ph. Decius, de reg. jur. 137, no. 1. cf. auch Cons. IV 452, no. 4.

10) Bossius, de decreto Mediolani no. 21.

11) Farinacius, de poen. temp. qu. 90 no. 3 u. 19 ff. Hierbei führt er fälschlich als Gegner dieser Meinung Angelus, Caepola und Albericus an.

prudens juris eo animo rapuit“). Weil der Thäter glaubt, es sei erlaubt, die eigene Sache an sich zu nehmen, fehlt der zum *furtum* und zur *rapina* nötige *Dolus*, sodaß ihn nur die Civilstrafe für Eigenmacht treffen kann. — Tartagnus behandelt in einem Consil folgenden Fall. Vitalianus hat den gebannten Martinus ohne es zu wissen außerhalb des Bannkreises getötet. Der Richter konnte nämlich den M. garnicht über 15 Meilen von Tarvisinum gültig bannen. Vitalianus ward deshalb des Mordes angeklagt. Tartagnus entscheidet: Der Irrtum des V. ist nicht entschuldbar, da er die Banngrenze hätte kennen müssen und sich überhaupt hätte versichern müssen, ob der M. „rite“ gebannt sei. Trotzdem schließt aber der Irrtum *Dolus* aus. — Tartagnus beruft sich dabei auf eine ähnliche Entscheidung des Baldus in einem Falle, wo ein Kleriker getötet worden war, der nur von einem weltlichen, und deshalb nicht zuständigen Richter, also „non rite“, gebannt war¹²⁾. — Auch Jason entscheidet: wer jemand tötet im Glauben, es sei ein Gebannter, könne nur für *Culpa* gestraft werden, wenn er „ex aliqua causa motus fuit ad sic credendum“¹³⁾. Hippolytus de Marsiliis berichtet: die Notare der Prälaten hätten die Gewohnheit, Kontrakte ihrer Herren einfach mit deren Namen zu unterschreiben und zu untersiegeln, auch wenn diese davon garnichts wissen. Er meint, man könne sie gegebenen Falls deshalb nicht für *falsum* strafen, weil sie nach alter Gewohnheit so handeln und es für erlaubt halten¹⁴⁾.

Für Rechtskenntnis spricht keine *praesumptio juris*, noch weniger wird sie fingiert. Es gelten aber die allgemeinen Grundsätze der „*praesumptio doli*“¹⁵⁾. Es wird daher Rechtskenntnis und *Dolus* präsumiert, wenn auf Grund von Indizien die Berufung auf Irrtum oder Nichtwissen unglaubwürdig erscheint. Dabei kommt es nicht darauf an,

12) Tartagnus, Cons. VII 160, no. 1—6.

13) Jason, Cons. I 137, no. 1 u. 2.

14) Marsilius, Pract. crim. § quoniam no. 98.

15) cf. unten § 16 u. 17.

ob eine *justa* oder *injusta causa erroris* vorliegt, sondern nur auf die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des Irrtums im gegebenen Fall. Eine „*injusta causa*“ und die Thatsache, daß es sich um ein *factum* oder *jus notorium* handelt, sind natürlich genügende Indizien, um Dolus zu präsumieren, solange nicht Gegenindizien den Irrtum trotzdem wahrscheinlich machen. Unglaubwürdig erscheint in der Regel Unkenntnis des *jus naturale*, weil es notorisch ist. Daher wird bei Vorwendung von *ignorantia* z. B. über die Unerlaubtheit der Tötung, des Diebstahls, Incestes und Ehebruchs Dolus präsumiert. So heisst es im *Speculum* des Durantis: „*et ignorantia juris naturalis neminem excusat: imo ignorans illud ignorabitur, etiam si sit paganus vel homo sylvester semper in montanis nutritus, ita quod nunquam ad eum praedicatio pervenerit, nam in omnem terram exivit sonus Apostolorum*“¹⁶⁾. — Auch bei *ignorantia juris gentium* wird bei *causa injusta* regelmässig Dolus präsumiert¹⁷⁾; doch nehmen hier viele meist auch bloß *culpa lata* an¹⁸⁾, wobei aber zu

16) *Specul.* IV partic. I de summa trinit. no. 5. cf. auch Azo, *Summa C.* IX ad l. Jul. de adult. no. 26. — Gandinus, de homicid. no. 22. — Bartol. s. D. n. ad l. Cor. de fals. l. divus. Doluspraesumption bei „*error juris naturalis*“ und „*quasinaturalis*“. — Salicet. s. IX C. qui sibi ascrib. l. senatus no. 3 u. ad l. Jul. de vi, l. quoniam no. 9. Hier heisst es: „*Absurdum esset dicere, quod scienter occidens alium non puniretur ex eo, quia non putaret delinquere, licet justus dolor interdum eum excuset vel mitius puniri faciat.*“ Bei dieser Einschränkung hat er die Fälle im Auge, wo der Thäter aus Irrtum die Grenzen der Notwehr überschreitet. Das ist eben kein error über das *jus naturale*. — Angelus de Ub. s. IX C. de plag. l. plagii no. 1. — Ang. Aretinus, de malef. s. v. et appensate, no. 2 folgt d. Salicet. — Caepola, Cons. 21 no. 31.

17) Bartol. a. a. O. — Alberic. s. II C. ad l. Jul. de adult. l. stuprum no. 2. — Salicet s. IX C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 5. — Angelus de Ub. s. I D. v. de his qui not. infam. l. genero no. 1. — P. Castrensis. Nov. prael. s. D. n. ad l. Cor. de fals. l. divus. — Ph. Decius, de reg. jur. 137. — Alciat, de praesumpt. reg. 3 praes. 30. — Bossius, de decreto Mediol. no. 20 ff. — Decian. II cap. 35 no. 49 ff. — Farinacius, de poen. temp. qu. 90 no. 100 ff.

18) *Lata culpa*: cf. Albericus s. II D. n. ad l. Cor. de sic. l. in lege no. 7 u. 8. — Angelus de Ub. a. a. O. l. liberorum § notatur. —

bemerken ist, daß von manchen Juristen die culpa lata auch als dolus praesumptus aufgefaßt wird¹⁹⁾. — Ferner erscheint error juris bei einem Rechtsgelehrten unglaubwürdig²⁰⁾.

Daß in diesen Fällen nur ein präsumierter Dolus vorliegt, der als solcher milder strafbar ist und in allen Fällen durch Gegenindizien entkräftet werden kann, wird von keinem übersehen. Das Nichtvorhandensein des verus dolus und die Unanwendbarkeit der Dolusstrafe wird oft ausdrücklich erwähnt. — Dinus setzt dies klar auseinander: „aut lex requirit dolum verum, aut est contenta dolo praesumpto ex qualitate facti: ubi requirit dolum verum, ignorantia juris excusat. Ubi vero contenta est dolo praesumpto ex qualitate facti, ut scilicet praesumatur dolus, — — — tunc juris ignorantia non excusat. Ratio autem est, quia qui ignorantiam praetendit ejus, quod est publice notum, videtur esse in lata culpa. Lata enim culpa dolo praesumpto aequipollet, et ideo ignorantia juris non excusat“²¹⁾. — Dasselbe führt Gandinus aus: „Etiam in jure errans non est in dolo — — —. Videtur, quod ignorantia juris excuset quem a poena. Sed dicendum est sec. Dyn. etc.“²²⁾ — Ähnlich spricht sich Salicetus aus: Handle es sich um dolus verus, so entschuldige „ignorantia juris justa vel injusta ratione causata“, während bei injusta causa der dolus praesumptus nicht ausgeschlossen sei²³⁾. — Paulus Castrensis sagt: „a vero dolo excusat etiam ignorantia juris et quaelibet causa etiam non justa,“ nicht aber „a dolo praesumpto“, während „ignorantia facti indistincte ex-

Salicet. präsumiert den Dolus bei injusta causa, sonst nimmt er lata c. an. Ausführl.: s. D. v. de jur. et fac. ignor. l. regula no. 3. — Jason s. I D. n. de acquir. poss. l. justa no. 31 ff. — Bossius a. a. O.

19) Dinus, de reg. jur. 13, no. 16. — Cinus s. C. d. incest. l. qui contra no. 1 ff. u. l. incestus. — Al. Tartagnus, Cons. VII 160, no. 1 ff.

20) Error bei Rechtsgelehrten: Bartol. D. v. depos. l. quod Nerva no. 17 ff.: bei Nichtgelehrten nur lata c. — Aug. Arimin. zu Ang. Arerin. de malef. s. v. quod fama publ. no. 104. — Ph. Decius, de reg. jur. 137, no. 3 nach Tartagnus.

21) Dinus, de reg. jur. 13 no. 14—16.

22) Gandin. de homicid. no. 22.

23) Salicet. s. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 5.

cusat“²⁴⁾. — Phil. Decius bemerkt, daß nach Bartolus die Regel „ignorantia juris excusat a dolo“ nur „procedit in dolo vero; secus est in dolo praesumpto“²⁵⁾.

Die geringere Strafbarkeit bei Präsumtion des Dolus wird häufig betont. — Cinus sagt hinsichtlich des Irrtums bei verbotener Ehe, daß die ignorantia in jure gentium nicht entschuldige, aber milder gestraft werde. Bei ignorantia juris gentium wird der Mann gestraft, wenn er die Frau nicht sofort dimittiert, jedoch „mitius“, während es von der Frau heißt: „succurritur, ne teneatur poena corporali.“ Nach der Meinung des Jacobus de Ravanis solle dagegen von der poena incestarum nuptiarum nur „error justissimus“ entschuldigen²⁶⁾. Albericus de Rosato spricht vom stuprum und adulterium: „si autem masculus erret in jure civili, si dicat palam, excusatur; si clam: non. Si autem ignorat jus gentium, non relevatur in totum, sed mitigatur poena“²⁷⁾. — Angelus de Ubaldis erklärt ausdrücklich: die poena doli sei durch jeden auch noch so unentschuldbaren Irrtum stets ausgeschlossen²⁸⁾; — speziell vom error in jure naturali sagt das Paulus Castrensis: „mulier si errat in jure positivo, excusatur totaliter; masculus et mulier, si errant in jure naturali non excusantur totaliter, sed propter errorem mitius puniuntur, nisi aetas vel — —? — — etiam ab hoc excusent“²⁹⁾. — Farinacius stellt seiner Meinung nach im Gegensatz zur communis opinio den Satz auf: „injusta et levis causa et credulitas excusat non solum a dolo, sed etiam a poena“. Nach der gemeinen Meinung soll dagegen injusta causa nicht von der „poena legali vel statutaria“ entschul-

24) P. Castrens. a. a. O.

25) Ph. Decius, de reg. jur. 137, no. 3.

26) Cinus s. C. de incest. l. qui contra no. 6.

27) Alberic. s. IX C. ad l. Jul. de adult. l. stuprum no. 2.

28) Angelus de Ub. s. I D. v. de his qui not. infam. l. liberorum § notatur.

29) P. Castrens., N. Prael. s. D. n. ad l. Jul. de adult. l. si adulterium § quia multa no. 1.

digen³⁰⁾. Er führt dafür Jason de Mayno an, der das allerdings sagt³¹⁾. Nach dem Vorhergehenden und aus den sonstigen Äußerungen Jasons kann er aber nur die Strafe überhaupt, also eine mildere meinen.

In diesem Sinne sind auch alle diejenigen Stellen bei anderen Schriftstellern, die von der Unentschuldbarkeit und Strafbarkeit des error juris reden, aufzufassen. Es wird eben strafbare Culpa angenommen oder der Dolus präsumiert und dann milder gestraft. — So sagt z. B. die Glosse: „sed et si praetendat ignorantiam juris civilis, excusatur in incestu, — aut naturalis vel quasi: et non parcitur“³²⁾. — Ebenso Azo: der error facti beim adulterium entschuldige, der error juris nicht³³⁾. — Ebenso wenn Durantis sagt: „aut errat in jure naturali: nulla ignorantia excusat“³⁴⁾. Ferner die Stellen des Cinus: „mulier si contrahit incestis nuptias scienter punitur, si ignorans non punitur. — — — Punitur mulier sciens, quod praesumitur, vel pro sciente habetur, cum interrogare debeat peritiores“³⁵⁾; und: „Parcitur facile errantibus non affectato nec simulato errore. — — — Sed pone, quod dum quis vult contrahere cum muliere, dicitur sibi, quod est soror vel cognata sua, de quo non curat scire, nec credit. Certe talis dicitur affectare errorem: quia non consuluit, nec interrogat, quod debet, ut sciat veritatem. et ideo est in culpa damnabili“³⁶⁾. Ebenso unter anderen Alciat. Er schränkt mit Bartolus den Ausspruch der Glosse „etiam injusta causa excusat“ ein: „declara: dummodo non sit injusta, quia contra jus prohibitivum, vel naturale, vel etiam civile notorium et indubitatum“³⁷⁾. — Farinacius sagt: „ignorantia juris naturalis vel quasi, gentium aut divini pariter non excusare a dolo“, und: „ignorantia

30) Farinacius, de poen. temp. qu. 90 no. 4 f.

31) Jason. s. D. n. de acquir. poss. l. justa no. 32.

32) Glo. z. l. 11 § 2 D. de poen. 48, 19.

33) Azo, Com. s. V C. de incest. l. 4 no. 2 u. 3.

34) Specul. IV partic. I, de summa trin. no. 5.

35) Cinus, a. a. O. l. incestus.

36) Cinus, a. a. O. l. qui contra no. 1.

37) Alciat, de praesumpt. reg. 3 praes. 30.

juris notorii non excusat a dolo, quia ignorantia affectata, nec crederetur illi, qui afferet, se ex illius juris ignorantia fuisse motus“³⁸⁾. — Decian berichtet über die Statutarrechte: „Statuta regulariter non ligant ignorantes, maxime si sint poenalia“, denn „ignorans non dicitur delinquere“; doch nur bei justa causa. Daher entschuldige ignorantia Statutorum nicht: 1) wenn die gesetzliche Frist nach der Publikation des Statuts abgelaufen, denn dann wird die Kenntnis präsumiert; 2) wenn die ignorantia „affectata“ erscheint; 3) wenn sie sonst auf culpa oder negligentia beruht³⁹⁾.

In allen Fällen, wo trotz vorgewendeten Irrtums über die Unerlaubtheit der Handlung Dolus angenommen wird, ist die Beweisfrage über das Vorliegen des Irrtums im verneinenden Sinne entschieden. Nicht der Irrtum wird für die Schuld als unerheblich unbeachtet gelassen, sondern entweder sein Vorliegen auf Grund der Beweismwürdigung überhaupt geleugnet und dann dolus verus angenommen (z. B. beim Vorwenden von Unkenntnis ganz notorischer Thatsachen, wie der Unerlaubtheit des Mordes, des Diebstahls), — oder sein Vorliegen wird aus bestimmten Gründen nur bezweifelt, und deshalb der Dolus präsumiert. Wer strikt nachweist, er habe sich dennoch über die Unerlaubtheit geirrt, ist höchstens in Culpa. Wer eine Tötung für erlaubt hält, z. B. die des A, weil er ihn für einen Gebannten hält, begeht eine culpose Tötung⁴⁰⁾, und das beschränkte junge Mädchen, das unter dem Einfluß mütterlichen Zuredens die Abtreibung ihrer Leibesfrucht für kein Vergehen hält, ist nur in Culpa⁴¹⁾.

38) Farinacius, a. a. O. no. 100. cf. Menochius, de praesumpt. V praes. 3, no. 28 ff. Cels. Bargalius. II cap. 3 no. 34.

39) Decian. II cap. 35 no. 48—51.

40) cf. Angelus de Ub. s. I D. v. de his qui not. infam. l. genero no. 1.

41) cf. Ph. Decius, Cons. 535.

III. Das Bewußtsein von der kausalen Tragweite der Handlung.

§ 7.

1. Der Dolus und die Präsuntion der bewußten Kausalität des Willens.

Die italienische Doktrin und Praxis hat thatsächlich eine Modifizierung des Dolusbegriffes herbeigeführt, die wesentlich in der Ersetzung des Willenselementes durch das der Vorstellung von einer ursächlichen Beziehung der Handlung zum eingetretenen rechtswidrigen Erfolg besteht. Nach der herrschenden Zurechnungslehre liegt Dolus vor, wenn der Thäter bei seiner vorsätzlichen Handlung das Bewußtsein von der Möglichkeit des rechtswidrigen Erfolges dieser Handlung hatte. Das Bewußtsein von der Gefährdung wurde dem Willen der Verletzung eines Rechtsgutes gleichgestellt und dadurch Wissen und Wollen als identisch behandelt. Da Wissen und Wollen nicht identisch ist, so stellt eine bewußte und konsequente Durchführung dieses Standpunktes eine Erweiterung des Dolusbegriffes dar. Konsequenz findet sich in dieser Hinsicht in der italienischen Doktrin zwar, nicht aber eine bewußte Erweiterung des Dolusbegriffes. Das zeigen schon die Definitionen. Sie sahen eben im Bewußtsein den bewußten Willen. Nur thatsächlich erweiterten sie den Begriff.

Gegen eine solche Auffassung scheint der Grundsatz der *praesumptio doli* zu sprechen, bei dessen Vorhandensein eine weitere Fassung des Dolusbegriffes unerklärlich, weil unnötig ist. Der Zweck der *praesumptio doli* war freilich nur, dem Richter die Bestrafung aller konkreten Dolusfälle zu ermöglichen, auch der Fälle, in denen er wegen praktischer Beweisschwierigkeiten vor der Subsumtion unter den Dolusbegriff auf eigene Verantwortung hin zurückschrecken könnte. Die Erleichterung der Beweisfrage durch Präsuntionen mußte aber naturgemäß die Gefahr mit sich bringen, daß auch Fälle, wo Dolus nicht vorlag, als Dolusfälle behandelt wurden, weil die

Präsumtion auch solche Schwierigkeiten bei der Zurechnung beseitigte, die nicht im Mangel an Beweismittel, sondern in der Natur der zu beurteilenden Handlung ihren Grund hatten. — Durch die Doluspräsumtion wurden aber gerade auch die Fälle, in denen ein Bewußtsein des Thäters von der kausalen Tragweite indiziert erschien, zu präsumtiven Dolusfällen gestempelt.

Eine Präsumtion des Dolus als Präsumtion der Kausalität des Willens fand beim Vorliegen wichtiger Indizien statt. Einen Präsumtionsgrund bot schon die „atrocitas facti“, d. h. eine solche Beschaffenheit der Handlung des Thäters, daß ihrer Natur nach schon bei diesem das Bewußtsein von ihrer rechtsverletzenden kausalen Tragweite vorausgesetzt werden kann. Aus der Gefährlichkeit der Handlung schloß man, daß der Thäter die Folgen offenbar vorausgesehen haben muss, vorausgesehen hat und folglich auch gewollt hat. — Gandinus spricht von einem „indubitatum indicium propter evidentiam et qualitatem facti“, wenn „ex qualitate facti hujus apparet, quod dolo illam injuriam dixerit vel fecerit“, oder wenn es z. B. feststehe, daß der Thäter bei Verwundung oder Tötung eine gefährliche Waffe gebrauchte, denn „ex tali evidentia facti apparet, quod dolo fecerit et ex sui animi pravitate“¹⁾. Dagegen werde der animus occidendi nicht präsumiert, wenn jemand z. B. „calce vel gleba vel modico ligno vel lapide“ verletzt hat²⁾. — Nach Salicetus berechtigt und zwingt die atrocitas facti zur Präsumtion des Dolus, weil man sonst eine unglaubliche Einfältigkeit oder Wahnsinn bei den Menschen voraussetzen müßte³⁾. — Dem Einwande der Culpa wurde auf Grund der atrocitas facti oder anderer Indizien entgegnet, daß der Thäter sich über die Folgen seiner Handlung nicht täuschen

1) Gandin. de praesumpt. et indic. indubit. no. 8. cf. auch de homicidiariis no. 23 a. E. „comprehendimus animum occidendi ex qualitate percussione seu ictus et ex qualitate gladii seu rei, cum qua percussit.“

2) a. a. O. no. 23. cf. auch Bartol. tract. de praesumpt. fol. 159 no. 7 u. s. C. ad l. Cor. de sic. l. frater.

3) Salicet. s. IX C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 3.

konnte, wenn er den Erfolg aber voraussah und doch handelte, in dolo sei.

Aus der Thatsache, daß die italienischen Juristen bei indiziertem Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit des verbrecherischen Erfolges den Dolus präsumierten, läßt sich natürlich keine Modifizierung des Dolusbegriffes herleiten. Vielmehr mußte ein so formelles Beweisrecht eine Erweiterung des Dolusbegriffes hindern. Die Anerkennung der Präsuntion und das Bestehen der Präsuntion hat auch eine solche nicht herbeigeführt, sondern das Streben, die Präsuntion überflüssig zu machen, und die Diskreditierung der Präsuntion. Denn einmal ist beim Vorhandensein von Präsuntionen ein solches Streben erklärlich und führt dann dazu, daß der Begriff allmählich Umwandlungen erfährt, die ihn einem weiteren, dessen Anerkennung durch die Präsuntion vermieden werden sollte, nähern. Vor allem aber mußte die allgemeine Anerkennung der geringeren Strafbarkeit des bloß präsumierten Dolus zur Erweiterung des Dolusbegriffes drängen. Es galt bald als fest stehender Grundsatz, daß die Dolusstrafe nur bei strikt erwiesenem Dolus, bei „dolus verus“, nicht bei „dolus praesumptus“ eintreten dürfe⁴⁾. Nach Anerkennung dieses Grundsatzes aber genügte offenbar die praesumptio doli ihrem Zweck nicht mehr in vollem Maße, und es konnte dann nicht fehlen, daß in besonders wichtigen Fällen der Versuch gemacht wurde, auf irgend eine Weise den Dolus trotz der vorhandenen Beweisschwierigkeiten strikt nachzuweisen. Gelang es dann nicht die Thatsachen dem Dolusbegriff anzupassen, so suchte man diesen den Thatsachen anzupassen, z. B. indem man den Präsuntionsgrund zum ausreichenden Dolusmerkmal stempelte.

Thatsächlich ergibt die Lehre der italienischen Juristen von der Zurechnung des Erfolges zum Dolus eine derartige Erweiterung des Dolusbegriffes. Hierauf soll in folgendem näher eingegangen werden.

4) cf. unten § 18.

2. Die Zurechnung des Erfolges zum Dolus.

§ 8.

Übersicht.

Die Lehre von der Zurechnung des Erfolges behandeln die italienischen Juristen, insbesondere die Kommentatoren sehr eingehend, meist im Zusammenhang. Es lassen sich drei Hauptfälle, um die sich die ganze Zurechnungslehre gruppiert, unterscheiden.

1. Der Thäter hat das Delikt beabsichtigt, aber einen geringeren oder andersartigen Erfolg seiner Handlung im Auge gehabt, also einen Erfolg gegen dasselbe Objekt und mit denselben Deliktsmerkmalen, wie der herbeigeführte.

2. Der Thäter hat das Delikt beabsichtigt, aber gegen ein anderes Objekt.

3. Der Thäter hat ein anderes und geringeres Delikt beabsichtigt, als er durch seine Handlung verwirklicht hat.

In allen diesen Fällen wird, wenn der Irrtum des Thäters überhaupt als wesentlich in Betracht kommt, die Zurechnung des Erfolges zum Dolus von der herrschenden Doktrin durch das Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit dieses Erfolges begründet.

Einige von den späteren Juristen haben die Berechtigung einer so weit gehenden Zurechnung zum Dolus bestritten und sich dabei auf einzelne der bedeutendsten Vertreter der herrschenden Meinung berufen. In der That erscheint bei manchen allgemein gehaltenen Ausführungen, wie bei denen des Cinus und des Bartolus, dem Wortlaut nach ein Zweifel möglich, ob die Zurechnung des Erfolges zum Dolus oder zur Schuld überhaupt gemeint ist. Daher ist über die Ansicht des Bartolus heftig gestritten worden. Daß die in Doktrin und Praxis herrschende Auffassung der Meinung des Cinus und Bartolus richtig ist, geht aber aus ihren praktischen Entscheidungen und Beispielen klar hervor, so daß bei beiden, wie auch bei anderen in der Regel, die allgemeinen Ausdrücke: „tenetur de eventu“, „inspicitur, consideratur eventus, — exitus,

— quod secutum est“, „punitur secundum finem, — secundum veritatem“, oft auch das einfache „tenetur“ oder „punitur“, resp. die Verneinungen dieser Sätze, auf die Zurechnung zum Dolus zu beziehen sind¹⁾).

§ 9.

a) Die Zurechnung des schwereren oder andersartigen Erfolges innerhalb des Deliktsthatbestandes.

Wenn der Thäter das herbeigeführte Delikt beabsichtigt hat und dabei nur einen geringeren oder andersartigen, jedoch unter denselben Deliktsthatbestand fallenden Erfolg im Auge hatte, so wird ihm das Delikt als doloses zugerechnet, denn sein Irrtum betrifft kein wesentliches Deliktsmerkmal, oder wie manche sich ausdrücken: trotzdem trifft die Deliktsdefinition auf seine Handlung zu („in ea cadit delicti definitio“). Hierher gehören die Fälle, wo der Thäter nur über das Maß der Verletzung, über die Quantität der Sachen, über Eigenschaften von Sachen oder Personen irrt. Auf diese Momente braucht sich weder Wille noch Vorstellung zu beziehen. Cinus, Bartolus und die meisten ihrer Schüler machen hier keine Unterschiede, auch wenn diese Momente Merkmale höherer Strafbarkeit des Delikts sind.

Cinus sagt: „Cum quis deliquit et incidit in eandem speciem delicti circa eandem rem et tunc plus deliquit respectu ejusdem rei: tunc tenetur, prout

1) Dafür spricht schon der allgemeine Grund, daß die Zurechnung zum Dolus, oder praktisch: die Frage nach der Anwendung oder Ausschließung der gesetzlichen Dolusstrafe, im Vordergrund des Interesses stand. Es ergibt sich aber klar aus Spezialerörterungen über den Fall, wie z. B. bei Cinus, C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 3: Vom auctor violentiae sagt er zuerst allgemein: „tenetur“, und stellt später die socii zu ihm in Gegensatz, die nur für Culpa haften sollen. — Auch wird in Fällen, wo es heißt: „non tenetur de eventu“, doch noch eine Strafe für Culpa angemerkt. So Bartolus: „. . . certe iste non tenetur“, mit dem Beifügen: es frage sich hier nur „an puniatur mitius propter culpam“. Bart., D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus. am Anf.

est delictum commissum, non prout fuit animus delinquendi“¹⁾; und Bartolus: „aut delinquit in plus circa eandem rem, et inspicitur eventus“, wobei er das Beispiel anführt: „si quis furaret vas consecratum, cum putaret non sacratum: tunc inspicitur, quod est secutum, non quod putabat“²⁾. Ebenso: „si delinquit in plus circa personam ipsam, quam principaliter offendebat: tunc inspicitur eventus“³⁾. — Ebenso entscheiden Angelus de Ubaldis und Paulus Castrensis: dass der Thäter eine besondere das Delikt erschwerende Eigenschaft des Objekts übersieht, bleibt unberücksichtigt. Wer einen nobilis oder Kleriker beleidigt, den er für einen ignobilis oder Laien ansah, haftet für Beleidigung eines nobilis oder Klerikers; wer eine res sacra stiehlt, ohne es zu wissen, haftet für Sacrileg⁴⁾.

Hiergegen erheben manche Widerspruch, indem sie Bewußtsein des Thäters vom erschwerenden Umstande verlangen, um diesen zuzurechnen. — Schon Dinus urteilte so. Wenn ich, sagt er, einen Kleriker, der keine Tonsur trägt, schlage, so kann ich nicht als „verberans clericum“ gestraft werden, wenn ich seine Eigenschaft nicht sonstwie erkannt habe⁵⁾. — Auch Baldus scheint in solchen Fällen den

1) Cinus, C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 2. Baldus schließt sich ihm an: I C. de episc. et cl. l. si quis non dicam.

2) Bartol. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 1.

3) a. a. O. no. 3.

4) Angelus de Ub. C. ad l. Jul. de vi, l. quoniam no. 2. — no. 7: „error iste causatur a juris ignorantia, ut quia scit quis delinquere subtrahendo rem sacram de sacro et putavit simplum furtum committere, ubi sacrilegium committit: et tunc secundum veritatem punietur, nam cum sciret se dare operam rei illicitae, non prodest talis ignorantia juris.“ Der Irrtum bezieht sich auf nichts Wesentliches, sondern nur auf die Schwere der Strafe. — P. Castrensis, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus: „qui voluit delinquere, sed plus deliquit quam voluerit . . . circa eandem rem et personam: inspicitur eventus non voluntas, postquam dabat operam rei illicitae: . . . si credebam furari rem prophanam et erat sacra, teneor de sacrilegio, si credebam verberare ignobilem et ille erat nobilis, teneor tamquam verberans nobilem.“

5) Dinus, D. n. de inj. l. item apud Lab. § si quis virginem.

schwereren Erfolg nicht zuzurechnen. Er führt das Beispiel Ulpian's in l. 15 § 15 D. de inj. 47, 10 an, wo es als geringes Versehen entschuldigt wird, wenn jemand eine anständige Dame, die er ihrer Kleidung nach für eine Magd oder Dirne halten konnte, mit unsittsamen Anträgen angeht. Der Thäter sei „secundum quod cogitavit et non plus“ zu strafen. Doch weist er auf Cinus hin mit dem Bemerkten, man dürfe die Haftung für den Erfolg nicht so allgemein, wie die Glossatoren lehren, ausschließen⁶⁾.

Von dauerndem Einfluß auf die Folgezeit war die kritische Bearbeitung dieser Lehre durch Salicetus. Er wendet sich ziemlich scharf gegen Cinus und Bartolus. Bei bloßem error in substantia, z. B. beim furtum einer goldenen Sache, die der Dieb für eine eherne hält, könne man überhaupt nicht davon reden, daß der Thäter „plus delinquit, quam cogitavit“, denn: „massam totam habuit lucrandi animum et, licet eam putasset eream, animus ejus erat lucrandi eam et libentius etiam, si aurea fuisset“. Ebenso komme der error in substantia personae nicht in Betracht, denn sonst bliebe ja das Verbrechen einfach straflos. Er denkt hier an die Verwechselungsfälle: A tötet den B, den er für den C hält. Ein plus delinquere liege hier nicht vor, der Irrtum sei unwesentlich⁷⁾. — Dagegen sei wohl ein „plus delinquere, quam cogitatum est“, vorhanden beim error in qualitate rei et personae. Beim error qualitatis rei will Salicet zwar das erschwerende Moment berücksichtigen, aber „propter ignorantiam“ milder strafen⁸⁾. Die Meinung des Bartolus, daß die Eigenschaft der injurierten Person, z. B. als nobilis, als Beamter etc., stets bei der Strafe zu berücksichtigen sei, hält Salicet für unberechtigt. Es komme darauf an, ob die ignorantia qualitatis „ex defectu vel facto injuriati“ entstanden sei, oder nicht.

6) Bald. a. a. O.

7) Salicet. C. ad l. Jul. de vi, l. quoniam no. 10 u. 11.

8) An einer anderen Stelle verteidigt Salicet gegen die Kanonisten die Meinung, daß das Stehlen einer res sacra von einem locus profanus, wo also die ignorantia qualitatis anzunehmen ist, nicht als Sacrileg zu strafen sei. Salic. IX C. de crim. sacr. no. 2.

Im ersten Falle entschuldige der Irrtum den Thäter, z. B. wenn der Beleidigte, um unerkant zu bleiben, „in habitu difformi abutitur sua dignitate vel officio“; im zweiten Falle nicht: „quia tunc, quod gerebat, potentialiter et de verisimili ultra cogitatum poterat extendi“. Deshalb ist der Thäter nicht nur dann unentschuldbar, wenn sich im Habitus der Person Eigenschaft und Würde sichtbar zeigt, sondern auch, wenn der „habitus indifferens sibi, ut tali et hujus modi simplici“, ist; er darf nur nicht einen entgegengesetzten Eindruck machen („degenerare“): „praecogitet autem ille, quod talis habitus congruit utrique: et sic ultra cogitatum potest verisimiliter incurrere“⁹⁾. Wenn also der Thäter das Bewußtsein von der Gefahr der schwereren Folgen hatte und trotzdem handelte, werden ihm die erschwerenden Momente voll zugerechnet. — Salicet fügt hinzu: hiernach seien viele schwierige Fragen zu entscheiden, z. B. ob jemand, der mit einer Verheirateten, die er für ledig ansieht, konkumbiert, für adulterium zu strafen sei, oder nicht.

Ebenso stellt Raphael Cumanus gegenüber Bartolus seine Meinung dahin fest, daß es bei „error in qualitate rei vel personae, ex qua maleficium fit majus“, darauf ankomme, ob der Thäter diese Qualität gekannt hat, oder wenigstens sie hätte erkennen müssen, sich aber gleichgültig verhielt. Wenn der Thäter das Vorhandensein des erschwerenden Moments nicht als möglich bedenken mußte, kann es ihm nicht zugerechnet werden; der Dieb einer res sacra, der Beleidiger eines Klerikers, der Vtermörder, der einen Fremden zu töten meint, haftet nur „secundum opinionem“, „quia non debuit verisimiliter hoc cogitare“¹⁰⁾.

Raphael Fulgosius, Salicets Schüler, hebt ebenfalls die Unterschiede hervor. Der error in substantia wird nicht beachtet, weil er das Wesen des Delikts nicht berührt. Die Beleidigung bei Verwechselung der Personen bleibt eine vorsätzliche Beleidigung, der Diebstahl einer goldenen Sache

9) a. a. O. l. quoniam no. 12.

10) Raph. Cumanus, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus.

bleibt Diebstahl, auch wenn sie für eine eherne gehalten wurde. „Et est ibi ratio, quia cum putans aes esse furor aurum, in eo auro furtum committo, quod in ea cadit furti definitio, fit enim animo lucrandi invito domino.“ Beim „error in qualitate circa personam“ haftet der Thäter nicht in vollem Maße, ebenso wenig bei „error circa aliam qualitatem rei“, „quia tunc non delinquo“¹¹⁾).

Die Unterscheidungen des Salicetus blieben für Doktrin und Praxis maßgebend. Insbesondere vertritt sie Angelus Aretinus¹²⁾, auf den die Späteren verweisen¹³⁾. Carerius führt als Beispiele unwesentlichen Irrtums an: beim Diebstahl den Irrtum über den Eigentümer der gestohlenen Sache, den Irrtum über die Identität der Person z. B. bei doloser Tötung, aber auch den Irrtum über die Eigenschaft der Sache als res sacra, wenn sie de sacro gestohlen wird¹⁴⁾.

§ 10.

b) Die Zurechnung des Erfolges gegen ein individuell anderes Objekt.

Die Erörterungen über die Zurechnung des gegen ein individuell anderes als das gedachte Objekt wirklichen Erfolges befassen sich mit verschiedenartigen Fällen. Sie bieten aber das Gemeinsame, daß es bei ihrer Würdigung auf genaue Feststellung der Art und des Maßes der Beziehung von Vorstellung und Willen auf das konkrete Deliktsobjekt ankommt. Vor allem gehören hierher die Fälle der sog. aberratio ictus und des Irrtums über die Identität der Person (Verwechslungsfälle). —

Der Dolus stellt sich nach der Zurechnungslehre in diesen Fällen dar:

a) bei den Verwechslungsfällen nach der herrschenden Meinung als auf den Erfolg gerichteter rechtswidriger Wille;

11) Fulgosius, C. ad l. Jul. de vi, l. quoniam no. 5.

12) Ang. Aretin. de malef. s. v. et appensate no. 2.

13) cf. Carerius, de homic. S. 214 qu. 3 no. 3 ff.

14) Carerius a. a. O. no. 5. cf. auch no. 8 u. 9.

b) bei den Aberrationsfällen nach der herrschenden Meinung schon als Absicht zu handeln mit dem Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges; bei manchen auch als „*dolus generalis*“ i. S. einer auf ein generell bestimmtes Objekt gerichteten Absicht, „*dolus cum objecto generali*“.

Cinus scheint ohne Unterschied eine Haftung „*ultra propositum*“ ausschließen zu wollen, wenn jemand ein Delikt „*circa plures res*“ begeht, als er vorhatte; ebenso wenn er es „*respectu plurium personarum*“ begeht, als er glaubte. Doch bleibt es bei dem alleinigen Hinweis auf die l. 18 § 4 D. de injur. zweifelhaft, ob er hier auch die Aberrationsfälle im Auge hat¹⁾.

Eingehender bespricht diese Fälle Bartolus. Sind Sachen Deliktsobjekt und der Thäter „*delinquit in plus circa diversas res*“, so unterscheidet er: a) wenn die vorsätzliche Handlung des Thäters ihrer Natur nach geeignet ist den eingetretenen Erfolg zu verursachen und auf seine Herbeiführung augenscheinlich hinwirkt: „*delictum, quod facere proposuerat ad hoc tendit*“, dann ist der Erfolg dem Thäter voll zuzurechnen. Wer ein Haus anzündet, haftet auch für Brandstiftung der anderen dadurch mitentzündeten Häuser, „*quia omne incendium tendit ad hoc*“. b) Hat dagegen die vorsätzliche Handlung nicht die Tendenz, den weitergehenden Erfolg zu verwirklichen, „*non tendit ad hoc*“, so kann diese weitergehende Wirkung ihm nicht zum Dolus zugerechnet werden. Bartolus führt hier das Beispiel der l. 21 § 3 D. de furt. an: ein Dieb nimmt zwei fremde Sachen, deren eine er aber für die seine hält; er haftet nur für Diebstahl der einen, die er für eine fremde hielt²⁾. — Sind Personen Deliktsobjekt und der Thäter „*delinquit in plus circa personas alias*“, so haftet er nach Bartolus nur dann für die Verletzung der anderen Personen, wenn sich seine Handlung unmittelbar auch gegen diese richtete, mag er auch nur die Verletzung der einen Person im

1) Cinus, C. ad l. Jul. de vi l. quoniam.

2) Bartol., D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 1.

Auge gehabt haben: „*utramque personam offendit, ut cum vellet percutere unum, percussit duas*“. Wenn also z. B. der A und B nahe beisammen stehen, sodaß ein gegen den A gerichteter Schlag oder Schuß auch den B gefährdet, und der Thäter statt des A allein auch den B trifft, so haftet er in gleicherweise für die Verletzung des B. Bartolus könnte auch hier sagen: „*actus tendit ad hoc, ad finem secutum*“, und weil das der Thäter augenscheinlich gewußt und bedacht hat, so handelte er *dolos*. Wenn sich dagegen die Handlung nicht unmittelbar auch gegen die andere Person richtete: „*si non offendit alium tangendo eum*“, sondern nur mittelbar, „*per quandam consequentiam*“, dann meint Bartolus den weitergehenden Erfolg in der Regel von der Zurechnung ausschließen zu müssen, z. B. wenn die Injurie gegen den Sohn oder die Gattin zugleich eine solche gegen den Vater oder Ehemann in sich schließt³⁾. In diesem Falle fehlt dem Thäter das Bewußtsein von der Möglichkeit eines weitergehenden Erfolges. — Aber auch bei der *aberratio ictus*, wo sich die Verletzung also auch unmittelbar gegen die andere Person richtet, rechnet er den Erfolg nur zur *Culpa* zu, wenn die Gefahr seines Eintretens nicht offenbar vorhanden war⁴⁾.

Dem Bartolus folgen in dieser Lehre treu sein Schüler Angelus de Ubaldis und Salicetus. Die augenscheinliche Gefahr der Verwirklichung des Erfolges gegen das andere Objekt genügt zur Zurechnung zum *Dolus*. Der Brandstifter haftet in vollem Umfange für den größten Schaden seiner Handlung: „*quia cogitatum tendit verisimiliter ad finem secutum*“. Wer den Titius schlagen will und trifft auch den neben ihm stehenden Martinus oder diesen allein, haftet für diesen Erfolg, sofern und weil: „*porrectio ad hunc finem*“.

3) a. a. O. no. 3 u. 4.

4) cf. Bartol. II D. n. de poen. l. respiciendum § delinquent no. 7, wo er den Gegensatz eines *culpos* und eines *casuell* bewirkten Erfolges darstellen will. Für *culpa* führt er das Beispiel an „*volebam percutere Titium, percussi Sejum: teneor, quia dabam operam rei illicitae*.“

tendit“. Wo das nicht der Fall ist, haftet der Thäter nicht „ultra cogitatum“⁵⁾.

Paulus Castrensis stellt die Lehre übersichtlich dar. Wenn jemand „plus deliquit circa diversas res vel personas, quam putaverit“, so ist zu unterscheiden: a) „aut illud verisimiliter poterat credere, et inspicitur eventus“; z. B. „qui congregat gentes ad faciendum tumultum, tenetur de caede cujuscumque, etiam si sit mortuus unus de parte sua“, ebenso der Brandstifter: „nam evenire posse prospicere debuit“. — b) „Si vero verisimiliter illud non debebat credere: tunc α) aut deliquit in alias personas vel res principaliter, ut puta credebam vulnerare Titium tantum et vulneravi alium praeter euntem, tunc teneor de utroque“. Doch sei der Thäter nicht mit der „poena criminalis“, sondern milder zu strafen, „quia non fuit in dolo“. (Denn eine augenscheinliche Gefahr lag nicht vor; es wurde nicht der neben dem T. stehende M., sondern ein unbeachteter Vorübergehender getroffen. In solchem Falle würde auch Bartolus Culpa annehmen.) — β) „Aut delinquo in aliam personam per consequentiam, de qua non cogitabam: puta credebam percutere patremfamilias, et ipse erat filiusfamilias, et sic deliqui in patrem. Non teneor quoad patrem, et sic inspicitur voluntas“⁶⁾.

Den Unterschied der culposen und der dolosen, weil als möglich vorausgesehenen, aberratio ictus behandelt Caepola in einem Consil⁷⁾. Perinus und Genossen sind mit anderen im Streit. P. schießt auf die Gegner mit Pfeilen und trifft und tötet dabei seinen abseits stehenden Genossen Paulus — Caepola meint: prima facie scheine der P. wegen doloser Tötung zu verurteilen zu sein. Erstlich könne man sagen: der P. war jedenfalls „in dolo quoad suos adversarios“, sein Wille war auf ein „sagittando offendere secum rixantes“, also auf die

5) Angelus de Ub. C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 7, und wörtlich übereinstimmend Salicet, ebenda no. 7 u. 8. cf. auch no. 11. — cf. auch Ang. Aretinus, de malef. s. v. et appensate no. 3, wie Salicet u. Bartolus.

6) P. Castrensis, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus.

7) Caepola, Cons. 33.

thatsächlich verwirklichte Deliktsart gerichtet: „dando operam rei illicitae voluntas sua tenditur in eadem specie delicti“. Daher müsse er für doloses homicidium gestraft werden. Dagegen sagt Caepola: Mag P. auch „in dolo quoad adversarios“ sein, so ist er doch nur in culpa „inferiendo illum, quem nolebat, quia debebat cautius sagittare, ne offenderet amicos“, denn immerhin „ille dolus non fuit ordinatus ad homicidium dicti Pauli“; daher keine poena corporalis⁸⁾. Hiermit trifft Caepola den Kern der Sache und weist damit jede Zurechnung des Erfolges bei aberratio ictus zum Dolus ab. — Dennoch geht er auch auf die Frage des Dolus wegen Gefährdungsbewußtseins ein und verneint sie nur auf Grund der konkreten Umstände. Nach der Meinung des Bartolus, Salicetus u. a., sagt Caepola, hatte der Thäter: „si dat operam rei illicitae et cogitatum verisimiliter tendit ad finem“, also „quandoque delictum extendit se ad casum improvisum propter ipsius facti naturam, quae ad talem casum verisimiliter se extendit“ (nach Baldus). Caepola erkennt das vollkommen an und sagt: wenn der getötete Paulus unter den Streitenden, „commixtus cum adversariis“, gewesen wäre und der P. hätte in den Haufen hineingeschossen, dann müßte man mit Recht sagen: „cogitatum suum verisimiliter potuisset tendere ad finem secutum“. Da aber der Paulus jenseits einer Brücke, entfernt von den Streitenden stand, so war eine augenscheinliche Gefahr ihn zu treffen nicht vorhanden, „non verisimiliter tendebat ad occidendum Paulum“. Es kann daher P. nur für Culpa, nicht für Dolus gestraft werden. —

Diese Lehre von der Zurechnung des Erfolges an mehr und anderen Objekten, als der Thäter glaubte, war im 14. und 15. Jahrhundert die herrschende. Nebenher haben manche in den Aberrationsfällen stets nur Culpa angenommen.

8) Er führt hierbei die Meinung des Johannes de Anania, dem auch Angelus folge, an: „quod quando etiam dat operam rei illicitae, sed non est dolus respectu occisi, sed occidens est in culpa quoad illum, debet puniri pro culpa et non pro dolo, qui non fuit respectu occisi.“ —

So z. B. Bonifacius de Vitalinis. Er sagt: in solchen Fällen greife zwar die actio injuriarum oder wenigstens die lex Aquilia Platz, „et est ratio: quia fuisti in culpa, unde teneris“, nicht aber die lex Cornelia de sicariis, „quia videtur factum potius casu, quam dolo et voluntate“⁹⁾. — Auch Baldus scheint nur Zurechnung zur Culpa zu fordern. In seiner allgemeinen Lehre von der Zurechnung heisst es: „veritas excedit opinionem in eodem delicto in diversis personis: tunc consideratur opinio“¹⁰⁾. Hiermit werden gerade die Aberrationsfälle bezeichnet und dabei kein Unterschied gemacht, ob die Handlung des Thäters die Gefahr der Verwirklichung des anderen Erfolges in sich trug, oder nicht. — Ferner werden von Aegidius Bossius Stellen von Angelus und Jason de Mayno angegeben, in denen sie in Aberrationsfällen Culpa annehmen. Doch haben beide hier wohl nur an solche Fälle gedacht, wo eben eine augenscheinliche Gefahr für die Verletzung des anderen durch die Situation nicht gegeben war, wie im Falle „Perinus“¹¹⁾. Nach Carerius liegt bei allen Aberrationsfällen nur culpa lata vor. Wenn jemand den S. töten will, statt diesen den T. trifft und tötet, so scheine der Thäter nach den allgemeinen Grundsätzen für dolose Tötung strafbar zu sein, denn: „cogitatum est de genere prohibitorum“ und „tendit verisimiliter ad finem secutum“. Auch meinten manche: wenn auch in Bezug auf den T. kein Dolus vorliege, so doch in Bezug auf den S. Da der Thäter ein homicidium begehen wollte und eines thatsächlich begangen hat, so sei dieses Factum „ratione doli“ zu strafen¹²⁾. Carerius meint dagegen wie Caepola: der Thäter handelte gegen den getöteten T. nicht dolos, sondern culpos, „cum non cogitavit eum occidere, et sic ratione culpae non tenetur poena ordinaria

9) Bonif. de Vitalinis, de malef. rub. de insultu, no. 35.

10) Baldus VI C. de furt. l. 20 no. 1.

11) Aeg. Bossius, de homicidio no. 73. cf. Jason, D. de legat. l. 1 § quid autem: „esse in culpa solum et puniri extraordinarie“, wobei Jason hinzufügt, man müsse eben in dubio die mildere Meinung annehmen. Er war über diesen Fall unklar, wie sich auch später zeigen wird.

12) Carerius de homicid. S. 214 qu. 3 no. 1, 5, 6 u. 4.

statuti“. Ebenso, wenn im Streite der sich einmischende Vermittler getroffen, oder bei Verfolgung eines Tieres ein Mensch getötet wird¹³⁾. Nach seiner Ausführung scheint Carerius ohne Einschränkung stets Culpa anzunehmen. Er dürfte dann aber nicht, wie er thut, Caepola als mit ihm übereinstimmend anführen, da dieser Dolus annimmt, wenn die Gefahr augenscheinlich war. — Der Ausführung des Carerius schließt sich Menochius an¹⁴⁾.

Dafs diese Meinung im 16. Jahrhundert die herrschende geworden, zeigt Julius Clarus, der aber selbst Dolus annimmt. Nach der Meinung der meisten Doktoren, sagt Clarus, sei nur eine poena extraordinaria anwendbar, wenn jemand in der Absicht den Titius zu treffen, den Sempronius tötet, und zwar weil hinsichtlich des S. kein animus occidendi vorhanden sei, „et sic videtur hoc homicidium potius culpa, quam dolo commissum“. Bartolus sei anderer Ansicht gewesen. Clarus meint nun: „sed certe ego, si casus contingeret, illi facerem caput amputari. Bene verum est, quod respectu istius homicidii cessat qualitas animi deliberati“. Clarus nimmt also dolose Tötung, aber nicht animo deliberato, sondern „in rixa“ an. So sei auch vom Senat (von Mailand, dessen Mitglied Clarus war) am 2. August 1559 entschieden worden in einem Falle, wo ein anderer hinzugekommen und statt des zuerst Angegriffenen getötet worden war¹⁵⁾.

§ 11.

Fortsetzung: „dolus in genere“ bei Aberrationsfällen.

Baldus hat eine andere Beurteilung dieser Fälle veranlaßt, die die Lehre des Bartolus hinsichtlich der Aberrationsfälle verdrängte, obgleich Baldus gerade an diese kaum gedacht hat. Er nahm vielmehr, wie erwähnt, bei aber-

13) a. a. O. no. 8—11.

14) Menoch. de arbitr. jud. cas. 324 no. 9 u. 11. Die poena homicidii sei daher unanwendbar gegen den: „qui mediatorem occidit, dum vellet vulnerare adversarium suum.“

15) Clarus, Sent. lib. V § homicid. fol. 23.

ratio ictus Culpa an. Auf den von Johannes Andreae gebrauchten Ausdruck „*dolosus in genere*“ hinweisend, spricht Baldus in gewissen Fällen vom „*dolus in genere*“. Diesen Ausdruck hat die spätere Doktrin aufgenommen und die verschiedensten Begriffe damit verbunden.

Baldus handelt von den Fällen, wo der Thäter „*aliter quam cogitavit*“ delinquiert, und unterscheidet davon die Fälle, wo er „*minus*“ und wo er „*plus quam cogitavit*“ delinquiert, indem er für den letzten Fall auf die Distinktionen des Cinus verweist. Hieraus, wie aus den angeführten Beispielen, ergibt sich, daß Baldus das „*aliter delinquere*“ in engster Bedeutung faßt: als Delinquieren bloß in anderer, als der vorgestellten Weise, als Hervorbringen bloß eines anderen, als des beabsichtigten Erfolges, nicht aber eines schwereren, oder eines Deliktes anderer Art (z. B. statt Verwundung Tötung). Baldus sagt nun: wenn jemand „*aliter delinquit, quam cogitavit*“, wird gestraft, „*ne delictum maneat impunitum*“, und führt als Beispiel nur an die l. 18 § 3 D. de injur. 47, 10 (Jemand beleidigt mich, weil er mich für den A hält; die Beleidigung gegen mich ist eine vorsätzliche, der Irrtum schließt den Dolus nicht aus). Baldus fügt noch hinzu: „*Adde, quod in delictis sufficit dolus in genere, licet sit error in corpore*“, und citiert dazu: „*Joh. Andreae, de regulis juris, reg. cum quis in jus 51, 6¹)*“. Johannes Andreae aber spricht an dieser Stelle von dem wesentlich anderen Fall, wo jemand mit einer Frau konkumbiert ohne zu wissen, ob sie verheiratet ist. Er sagt dabei: „*licet non in ea specie fuit, tamen dolosus in genere videretur*“²). In diesem Zusammenhang und nach der ganzen Auffassung des

1) Baldus, I. C. de episc. et cler. l. si quis non dicam. (In der Ausgabe Venet. 1496 ist das Citat verstümmelt. Wörtlich steht dort: „*Secundum Ja. adde etc. . . . corpore c. cum quis in jus. de re jur 51, 6.*“ Dagegen heißt es bei Gomez: „*Bald. . . . allegat Jo. Ana. in reg. cum quis etc.*“ Jason citiert: „*Jo. Ana. in reg. . . .*“, Bossius aber: „*Bald. allegat Jo. And. in reg. etc.*“)

2) Joh. Andreae, Mercuriales quaest. s. reg. jur., reg. „*cum quis in jus*“, Solutio.

Johannes Andreae kann dies nur heißen: der Thäter ist „überhaupt“ in dolo, weil er bewußt „illicitam rem agit“, er hat also dolose handelnd einen Erfolg herbeigeführt, ohne sich um seine Abwendung zu kümmern; er handelte daher dolos, mag er auch das spezielle Delikt in allen seinen Merkmalen (hier Ehebruch) nicht im Auge gehabt haben. — Baldus will mit dem Ausdruck „sufficit dolus in genere“ nicht dasselbe sagen. Nicht aus dem dolosen Handeln überhaupt leitet er die Verantwortlichkeit für alle Folgen ab, sondern er will nur sagen: zur Zurechnung zum Dolus genügt, dass der Thäter das betreffende Delikt mit allen seinen wesentlichen Merkmalen, überhaupt beabsichtigt hat, mag er sich auch über die konkrete Gestaltung getäuscht haben. Es genügt, daß der Thäter den A absichtlich beleidigte, tötete, mag er ihn auch für den B gehalten haben, daß er die goldene Sache des A stehlen wollte, mag er sie auch für eine eherne, oder für die des B gehalten haben. Der Dolus braucht sich nur gegen ein bestimmtes Individuum des genus Mensch, auf eine bestimmte fremde Sache zu richten. Der Irrtum über spezielle unterscheidende Merkmale dieses Individuums von einem anderen, dieser fremden Sache von einer anderen fremden bezieht sich auf kein wesentliches Merkmal des Verbrechensthatbestandes. Daher kann bei Verwechslungsfällen auch das „verisimiliter tendere“ der Handlung zum Erfolg nicht in Betracht kommen, weil der Grund des Irrtums, ob gerechtfertigt (der B hatte sich als A verkleidet), oder ungerechtfertigt (der Mörder gab sich nicht die Mühe zu erkennen, ob es der A sei), vollkommen gleichgiltig ist, wie sein Vorhandensein. Insoweit ist die Meinung des Baldus klar festzustellen: er meint in erster Linie die Verwechslungsfälle und andere Fälle des Irrtums über Eigenschaften des Objekts, die für den Deliktsthatbestand gleichgiltig sind.

Zweifelhaft erscheint es, ob Baldus die Aberrationsfälle ebenfalls hierher rechnet. Man wird sie aber ausschließen müssen, da Baldus an anderer Stelle Culpa annimmt, obgleich die spätere Doktrin gerade hier vom „dolus in genere“ spricht. Da Baldus sonst diesen Ausdruck nicht

wieder braucht, so ist diese Frage nicht unmittelbar abzuweisen, aber gerade darum darf man in seine Worte nicht mehr hineinlegen, als aus dem Zusammenhang hervorgeht. Daß Baldus mit dem Ausdruck „error in corpore“ hier nur den Irrtum über die Identität der Person und über Eigenschaften des Objekts bezeichnen will, ist nicht unwahrscheinlich, da er ihn ja mit dem Hinweise auf den Fall des Joh. Andreae braucht. Jedenfalls hat Baldus an keine Verallgemeinerung des Inhaltes des Dolus gedacht, weder durch Beziehung des Dolus auf einen allgemeineren Deliktsthatbestand, noch auf ein allgemeineres oder erweitertes Objekt. Er hat daher nicht einen sog. „dolus generalis“ bezeichnen wollen, etwa im Sinne einer auf einen allgemeineren Verletzungsbegriff (körperliche Beschädigung mit Einschluss der Tötung) gerichteten Absicht (dolus genere delicti determinatus), oder im Sinne einer zwar auf ein bestimmtes Delikt (Tötung), aber nur auf ein generell bestimmtes Objekt (z. B. das Leben irgendwelcher Menschen) gerichteten Absicht (dolus cum objecto generali). — Noch weniger aber hat Baldus eine Erweiterung des Dolusbegriffes durch Fallenlassen eines begriffsbeschränkenden Merkmals andeuten wollen, indem er etwa den Dolus in der Absicht überhaupt zu delinquieren (animus delinquendi, nocendi) bei Mangel des Bewusstseins von der Unmöglichkeit des eingetretenen Erfolges sieht, wie sich der Dolus im Sinne des Joh. Andreae, auf den Erfolg bezogen, allein charakterisieren läßt.

Die Stelle des Baldus über den „dolus in genere“ blieb lange Zeit fast ganz unbeachtet. Erst Jason de Mayno hat sie aufgefunden und die spätere Doktrin hat sie dann in verschiedener Weise ausgelegt und verwertet.

Jason spricht sowohl bei Verwechslungs- als bei Aberrationsfällen vom „dolus in genere“. An einer Stelle unterscheidet er die Fälle. Er sagt: „In delictis sufficit dolus in genere, licet sit erratum in corpore vel in persona si credo facere injuriam uni et facio alii, qui est mihi penitus ignotus, tamen teneor illi ignoto actione injuriarum.“³⁾ In Be-

3) Jason, I D. n. de acquir. possess. l. clam. § 1 qui ad nundinas no. 56.

zug auf die aberratio ictus verweist er auf Bartolus⁴⁾. An einer anderen Stelle vermischt er beide Fälle, stellt die Meinung des Baldus der des Bartolus gegenüber und äußert sich selbst nur sehr allgemein. Jason sagt: Irrtum schließt die Schuld nicht aus. Wenn ich den Sempronius statt des Titius treffe, oder zwei statt des einen, so hafte ich nach Bartolus, weil ich „omnino dabam operam rei illicitae“, und werde gestraft „secundum rei eventum“. Dagegen meint Jason: das unerlaubte Handeln genüge nicht zur Zurechnung des Erfolges zum Dolus, z. B. A und B streiten, werfen sich mit Steinen, A trifft ein Kind; das sei nur Culpa. Jason vergißt hier, daß Bartolus das Hauptgewicht der Haftung auf die Gefährlichkeit der Handlung und Situation legt, nicht (wie Joh. Andreae) auf das „facere rem illicitam“. Nach Baldus dagegen, fährt Jason fort, hafte der Thäter: „quia in delictis sufficit dolus in genere, licet sit erratum in corpore“. „Cum vellem percutere pugno servum meum, percussi te in proximo stantem . . . non teneor tibi injuriarum“, und zwar „quia in genere non habui animum committendae injuriae, cum vellem pugno percutere servum, quod mihi licebat“⁵⁾. Also bei Vorhandensein des „animus injuriandi in genere“ müßte der Thäter haften! Jason läßt das Gefahrmoment ganz außer Betracht und wendet den Satz des Baldus auch auf die Aberrationsfälle an, wodurch er ihm eine ganz andere Bedeutung giebt. Nämlich die: es genügt, daß der Thäter durch seine Handlung das gleiche Delikt, wie das erfolgte, überhaupt beabsichtigte, also daß er töten oder beleidigen wollte, mag auch das betroffene Objekt ein individuell anderes sein als das, gegen das er seine Handlung richtete. Jason spricht also von einem Dolus, der sich auf ein generell erweitertes Objekt bezieht. Denn während bei den Verwechslungsfällen das angegriffene und das getroffene Objekt identisch sind, stimmen sie bei den Aberrationsfällen höchstens nur generell überein: es sollte ein Mensch (der A) getroffen werden und in der That

4) a. a. O. no. 57.

5) Jason, II C. de hered. instit. l. si pater no. 9.

wurde ein Mensch (der B) verletzt. Hier wird also zum ersten Male der Gedanke des sog. *dolus generalis* ausgesprochen.⁶⁾ Ob Jason dieser Meinung wirklich ist, wird aus der Stelle nicht recht ersichtlich. Er weist sie jedenfalls nicht zurück.⁷⁾

Carerius konstruiert einwurfsweise bei Besprechung der Aberrationsfälle einen solchen „*dolus generalis*“ (*dolus cum objecto generali*): „*licet non fuerit in dolo Titium occidendo, fuit tamen in dolo occidendo Sempronium, et homicidium, de quo cogitaverat, fuit perfectum, videlicet factum, licet non in personam, contra quam cogitaverat, et ratione doli punitur secuto facto*“. Der Thäter wollte einen Menschen töten (den S.): also Dolus; er tötete einen (den T.): *factum*.⁸⁾

Aegidius Bossius wendet ebenfalls den Satz „*sufficit dolus in genere*“ auf die Aberrationsfälle an. Er meint, die Frage, ob derjenige für Dolus oder Culpa hafte, der einen verwunden wollte und einen anderen getroffen hat, sei bestritten. Bartolus scheine für Dolus, Angelus und Jason für Culpa zu sein. (Die hier citierten Stellen der Genannten beziehen sich auf die *aberratio ictus*). „*Ego tamen puto*“, sagt Bossius, „*si quis in genere haberet animum occidendi aliquem, quod secuto homicidio tenetur, licet occidisset, quem offendere non putabat*“, denn: „*sufficit quod adsit animus occidendi in genere, quamvis sit erratum in corpore*“, wie Baldus entscheide.⁹⁾ Sofern Bossius hier die Aberrationsfälle im Auge hat, stellt er die bei Jason schon angedeutete Art des *dolus generalis* auf. Als Objekt des Verbrechens erscheint nicht das Individuum als solches, sondern als Repräsentant des

6) Joh. Andreae stellt keinen *dolus generalis* auf, sondern erweitert den Dolusbegriff.

7) Die a. a. O. hierauf folgenden Bemerkungen Jasons über die geringere Strafbarkeit der *culpa lata* und des culposen Erfolges können keinen Aufschluß seiner eigenen Meinung über den vorher behandelten Fall bedeuten. — Übrigens spricht sich Jason an anderer Stelle für culpa aus.

8) Carerius, de homicid. S. 214 qu. 3 no. 4. Er selbst nimmt culpa an. cf. oben § 10.

9) Bossius, de homicidio no. 73.

Genus. — Bossius ist aber inkonsequent. Auf Grund eines solchen *dolus generalis* ergibt sich die Zurechnung des eingetretenen Erfolges gerade auch dann, wenn der Thäter sich die spezielle Gestaltung (Verletzung des B statt des A) nicht vorgestellt hat, und es ist gleichgiltig, ob er diese überhaupt voraussehen konnte oder nicht. Die Konsequenzen erscheinen Bossius offenbar zu weitgehend, und er bringt daher, als praktisches Sicherungsmittel gegen sie, das seinem bisherigen Gedankengang ganz fremde Gefährdungsbewußtsein als Dolusmerkmal hinein. Am Schluß fügt er hinzu: „*Concludendo tamen arbitror, quod si casu eveniret, in quo homicida considerate procedendo non potuisset a principio cogitare, quod postea secutum fuit, tunc extraordinarie puniendus esset: secus autem, ubi de hoc in genere saltem cogitasset. Perinde est, ac si habuisset animum offendendi occisum ibi existentem, . . . postquam delictum, quod patrare volebat homicida, aperte tendebat ad id, quod secutum fuit. Caeterum, si non tendebat, dicetur casu magis, quam aliter homicidium secutum*“.¹⁰⁾ Hiermit lässt Bossius den Gedanken des *Dolus generalis* ganz fallen, den er vorher so klar ausgesprochen hat. Denn wenn er bei der angeführten Stelle nur die Verwechselungs- und Aberrationsfälle, deren Erörterung er hiermit schließt, im Auge hat, so ist der Ausdruck „*ubi de hoc* (d. h. „*quod postea secutum est*“) *in genere saltem cogitasset*“, höchst unklar, da das nur heißen kann, der Thäter habe „in genere an den eingetretenen Erfolg, nämlich die Verletzung des B statt des A, gedacht. — Bossius will hiermit den Gefährdungsdolus der Bartolinischen Doktrin bezeichnen, der mit dem „*dolus generalis*“ nichts zu thun hat, sondern ihn ausschließt.

Seit Bossius wurde der *dolus in genere* meist ganz allgemein für alle Fälle als Unterstützung der Lehre des Bartolus vom Gefährdungsdolus verwendet;¹¹⁾ und in dieser Verbindung gingen beide Lehren in die ausländische, z. B.

10) a. a. O. no. 73 am Schluss.

11) cf. unten § 13, insbes. Bossius u. Farinacius.

die deutsche Doktrin über.¹²⁾ — Dagegen wird der „dolus in genere“ von einigen Franzosen und Spaniern in alter Weise zur Beurteilung der Aberrations- und Verwechselungsfälle herangezogen.

Der Franzose Tiraquelles konstatiert, daß Bartolus in der Beurteilung der Aberrationsfälle schwankend gewesen sei, einmal Dolus, ein andermal Culpa angenommen habe. Darauf führt er den Satz des Johann Andreae und des Baldus an: er werde gestraft sowohl, „ne delicta maneant impunita“, als auch „quia in delictis sufficit dolus in genere“. Das finde seine Bestätigung 2. Mos. 21, 22 ff. (Wenn sich Männer hadern und verletzen ein schwanger Weib 23. Kommt ihr aber ein Schade daraus, so soll er lassen Seele um Seele, 24: Auge um Auge, Zahn um Zahn u. s. w.) Hiernach faßt Tiraquelles den dolus in genere, wie Jason, als dolus generalis auf.¹³⁾

Während also fast durchweg in späterer Zeit die Verwechselungsfälle und die Aberrationsfälle miteinander vermischt werden, scheidet sie der Spanier Gomez scharf und streng. Bei der Beurteilung der aberratio ictus folgt er Bartolus. Wenn jemand den Titius töten will, aber den neben ihm stehenden Sejus tötet, so haftet er, sagt Gomez, nach Bartolus für dolose Tötung. Andere wollen nur Culpa annehmen. „Sed certe in puncto juris prima opinio Bartoli est verissima, et iudicio meo sine dubio, cum talis homicida vere fuit in dolo, et dabat operam rei illicitae.“ Doch fügt Gomez hinzu, daß die zweite Ansicht billiger sei, und weil sie „a tot et tantis Doctoribus“¹⁴⁾ approbiert sei, solle man sie in der Praxis festhalten. Zu diesem Zugeständnis führt ihn nur die Schwierigkeit der Beweisfrage: es sei besser, meint er, einen Schuldigen freizusprechen, als einen Unschuldigen zu strafen¹⁵⁾. — Bei den Verwechselungsfällen hält sich

12) cf. § 13 am Schluss (Carpzow u. Thomingius).

13) Tiraquelles, de poen. temper. causa 14 no. 2 u. 3.

14) z. B. Angelus de Ub., Alexander de Imola (Tartagnus) und Jason.

15) Gomez, de delictis cap. 3; de homicidio no. 35.

Gomez dagegen an Baldus: „Si quis voluit occidere Titium, inimicum suum, et erravit in persona, quia occidit Cajum credens esse praedictum Titium inimicum suum, an teneatur poena mortis tamquam homicida?“ Dem Anscheine nach nicht: „quia respectu ipsius occisi non habuit dolum neque animum delinquendi.“ Das Gegenteil sei aber richtig: der Thäter hafte für dolose Tötung: „quia ibi vere et realiter consensit delinquens, licet erravit in persona, et dolus et animus, quem habuit respectu corporis occisi, sufficit“¹⁶⁾. Das ist der genaue Sinn des „sufficit dolus in genere“ bei Baldus, auf den Gomez auch verweist. Gomez führt hierbei auch einen Verwechselungsfall an, wo der Dolus ausgeschlossen wird, weil durch die Verwechslung beim Thäter ein wesentlicher Irrtum erzeugt wird. Wenn nämlich jemand seinen Sklaven schlagen will und „ex errore vel casu“ einen anderen Menschen schlägt, so liegt kein Dolus vor, denn der Thäter glaubte keine unerlaubte Handlung zu begehen.

§ 12.

c) Die Zurechnung des schwereren Erfolges anderer Art.

Der Thäter hat ein Delikt beabsichtigt, aber ein anderes schwereres begangen; der Erfolg seiner dolosen Handlung hat sich zu einem Delikt anderer Art gestaltet: „delinquit in plus incidendo in aliam speciem delicti.“ Beispiele bieten die wichtigsten Delikte, insbesondere die durch Angriff oder Gewalt gegen die Person verwirklicht werden und deshalb Gesundheit und Leben gefährden können, wie thätliche Beleidigung, Körperverletzung, Notzucht; ferner die gefährlichen Delikte gegen das Vermögen, wie Brandstiftung; und die Unzuchtsdelikte, sofern sie sich durch Status und Eigenschaft der Personen qualifizieren.

Bei der Beurteilung dieser Fälle zeigt sich in der italienischen Doktrin am deutlichsten die Ersetzung der auf den Erfolg gerichteten Absicht durch das bloße Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit des Erfolges.

16) Gomez a. a. O. no. 34.

Während bei den Fällen, wo der nicht beabsichtigte Erfolg zur selben Deliktsart gehört, die Zurechnung zum Dolus auch auf andere Weise versucht werden konnte (z. B. durch Generalisierung des Deliktsobjekts), bleibt in diesen Fällen das einzige Bindeglied zwischen dem Willen des Thäters und dem schwereren Erfolg dieses Bewußtsein, oder objektiv: das Gefahrmoment. Das Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges wird als Gefährdungsvorsatz, und dieser als eventueller Verletzungsvorsatz aufgefaßt. Allerdings fehlt es auch hier nicht an Versuchen, sich statt durch offenbare Ausdehnung des Dolusbegriffs, durch Verallgemeinerung des Deliktsobjekts oder des konkreten Inhalts des Dolus zu helfen (*dolus generalis*). — Bei einigen Späteren finden sich Andeutungen eines „*dolus indirectus*“, im Sinne eines indirekt auf den Erfolg gerichteten Willens, oder genauer: einer auf die Vornahme der Handlung unmittelbar, aber dadurch auf deren Folgen mittelbar gerichteten Absicht. Der „*dolus indirectus*“ ist ebensowenig, wie der „*dolus generalis*“, ein begrifflich erweiterter Dolus. Der „*dolus generalis*“ stellt die Beziehung des Dolus auf ein allgemeineres Objekt oder auf einen verallgemeinerten Deliktsthatbestand dar; die Aufstellung eines „*dolus indirectus*“ aber ist der Versuch auch bei der Zurechnung des Erfolges auf Grund des bloßen Bewußtseins von seiner Möglichkeit, den Dolus als Willen, als auf den Erfolg gerichtete Absicht zu konstruieren. — Bei allen diesen Auffassungen wird aber thatsächlich der Dolus in das Gebiet der Culpa erstreckt, insbesondere Fälle der sog. bewußten Culpa als Dolusfälle behandelt.

a) Die herrschende Lehre.

Bei den Glossatoren findet sich keine Ausdehnung des Dolusbegriffes bei der Zurechnung des schwereren Erfolges. (Die *praesumptio doli* stand noch in vollem Ansehn.) — Nach Azo liegt Dolus vor, wenn bei der That der auf den schädlichen Erfolg gerichtete Wille, „*voluntas nocendi*“, vorhanden ist, nämlich bei der Tötung der bestimmte „*animus occidendi*“, beim Ehebruch der „*animus adulterandi*“, beim Diebstahl der

„animus furti faciendi“ u. s. w. (Man darf im Ausdruck „animus nocendi“ hier keinen „dolus generalis“ sehen.) Azo sagt: „si fecit non occidendi animo, non ea lege (Cor.) tenebitur“¹⁾, denn „in maleficiis spectatur voluntas non exitus“²⁾. Bei ihm fehlen die Einschränkungen, die die Doktrin der Postglossatoren an diesen Satz knüpfte. Azo führt das Beispiel an: wenn jemand „calcis ictu“, und zwar „ludendo sicut faciunt Hispani“, getötet wird, haftet der Thäter nicht, aus dem bestimmten Grunde: „cum non fecerit ex proposito“³⁾. — Sein Zeitgenosse Pillius (Pyleus) stellt folgende Frage: Haftet Titius für Ehebruch, wenn er mit der verheirateten Lena konkumbiert, die er für eine „virgo“ und „soluta“ hält? Er entscheidet: T. sei, „cum in adulterio non peccaverit“, freizusprechen, hafte nur „ac si virginem vel viduam cognovisset“⁴⁾. Er hat eben nicht den auf den Erfolg gerichteten animus. Das Bewußtsein von der Möglichkeit des schwereren Erfolges kommt nicht in Betracht.

Mehr Anknüpfungspunkte für die Lehren der Postglossatoren bietet das kanonische Recht, das den Erfolg einer dolosen Handlung dem Thäter in sehr weitem Maße zurechnet: „propter unum delictum imputantur omnia, quae sequuntur ex illo“⁵⁾. Unmittelbaren Einfluß aber hat das kanonische Recht in dieser Lehre kaum geübt, so daß etwa an diese Bestimmungen die italienische Doktrin anknüpfte, oder sie zur Begründung heranzog. Auch die Lehren der Kanonisten, z. B. die des Johannes Andreae, wurden zwar beachtet, einige Sätze sogar verwertet, grundlegenden Einfluß übten sie hier aber nicht. Da Johannes Andreae immerhin Beachtung fand, so sei er als Repräsentant des kanonistischen Einflusses auf die Strafrechtsdoktrin erwähnt.

Johannes Andreae behandelt die Zurechnung des

1) Azo, Com. IX C. ad l. Cor. de sic. l. 1 no. 3 u. 4.

2) Azo, Summa C. eod. no. 4.

3) Azo, Com. a. a. O. no. 5.

4) Pillius citiert bei Joh. Andreae cf. folg. Anm. 6.

5) cf. Katz, Kanon. Strafr. S. 18.

^ schwereren Erfolges beim Ehebruch⁶⁾. Er citiert die angeführte Entscheidung des Pillius und stellt ihr den Satz entgegen: „ex quo quis rem illicitam facit, omne id, quod sequitur, imputatur. Iste autem illicitam rem agit cognoscendo feminam, quae sua uxor non erat“. Das schränkt er aber durch die Voraussetzung ein, daß der Thäter überhaupt wissen konnte: „se vere non agere, quod agere videtur“. Wenn jemand mit einer Frau, ohne zu wissen, ob sie verheiratet sei, konkumbiere, hafte er für Ehebruch: denn thatsächlich war sie die Frau eines andern, „et licet non in ea specie fuit, tamen dolosus in genere videretur“, d. h. er handelte überhaupt dolos, wenn er auch das spezielle Delikt, den Ehebruch, nicht beabsichtigt hat. Andreae meint, ein wesentlicher Irrtum sei gar nicht vorhanden: „tamen ipse verum putat, si mulierem in habitu matrimoniali repertam non advertens, nec curans qualis esset, cognovit libidinis explendae causa, tunc enim ex hoc intentione communi judicabitur delictum secundum rei veritatem et mulieris qualitatem“. Als Beispiel führt er den Fall des Juda mit der Thamar an (1. Mos. 38, 12 ff.). Der paßt aber nicht, weil Thamar Juda wirklich täuschte. Andreae sagt selbst später: „Si autem mulierem notam habens sciebat eam reputari solutam et talem esse credebatur, non dicitur adulter, cum ad id non sufficiat culpa, sed requiratur dolus“. Besonders sei dann so zu urteilen, wenn die betreffende Frau „in habitu meretricio“ ging. (Das war doch bei der Thamar der Fall!) Daher widerspricht Joh. Andreae dem Ubertus, der in seinen Quästionen entscheidet, daß ein Kleriker, der mit einer Verheirateten konkumbiert, die er und alle („communitus“) für eine Ledige gehalten haben, nach jus commune für adulterium zu strafen sei. Nach Joh. Andreae ist er straflos, wenn er mit jener Frau eine Ehe einging, „cum bona fide contraxerit, et sic non peccavit, ... excusavit, quia sine culpa facit rem illicitam propter facti ignorantiam.“ — Er nimmt also hinsichtlich der

^ Folgen einer unerlaubten Handlung Schuld an; wenn die

6) Joh. Andreae, Mercuriales, de reg. jur. reg. „cum quis in jus“.

Handlung aber mit Gleichgültigkeit gegen überhaupt voraussehbare Folgen vorgenommen wurde, Dolus. Er rechnet den schwereren Erfolg zum Dolus zu, wenn 1) die vorsätzliche Handlung unerlaubt war, und 2) der Thäter nicht die Überzeugung von der Unmöglichkeit des Erfolges im gegebenen Falle hatte. Nur bei solcher Überzeugung (z. B. „sciebat eam reputari solutam et talem esse credebat“) liegt nach ihm auch dann nicht Dolus vor, wenn er ein *factum illicitum* begangen hat (z. B. *fornicatio*). Wenn also Joh. Andreae für Juda keinen genügenden Grund anerkennt, die Thamar für eine fremde *meretrix* zu halten, so paßt sein Beispiel allerdings. Juda müßte dann, wenn er im Zweifel darüber sein konnte, ob er es nicht mit seiner Schnur Thamar zu thun habe, für Incest haften.

Diese weitgehende Zurechnung erklärt sich aus der kanonistischen Auffassung der Schuld als Sünde: wer sündigt hat überhaupt mehr zu verantworten, weil er sich schuldhaft der bösen Macht und deren Wirkungen ergiebt. Von den juristischer denkenden Romanisten ist eine so ausgedehnte Haftung für die Folgen nicht anerkannt worden. Jedoch ist durch die Vermittelung des Baldus der vieldeutige unklare und deshalb bequeme Ausdruck „*dolus in genere*“ aus den Ausführungen des Joh. Andreae in die spätere italienische Doktrin übergegangen⁷⁾. Seinem ganzen Standpunkte nach kann Joh. Andreae mit dem Satze: „*licet non in ea specie fuit, tamen dolosus in genere videtur*“ gar nichts anderes meinen als: er war überhaupt in *dolo*, indem er bewußt unerlaubt handelte, wenn er auch nicht den speziellen Erfolg beabsichtigte. An eine besondere Erscheinungsform des Dolus, oder an die Beziehung des Dolus auf ein verallgemeinertes Objekt, oder (was am ehesten zuträfe) an die Beziehung des Dolus auf einen erweiterten Deliktsthatbestand, — hat er sicher nicht gedacht.

Überhaupt konnte aber der kanonistische Einfluß die ita-

7) cf. oben § 11.

Zufall herbeizieht: Wenn ich dir, sagt er, für mich eine Reise nach Rom auftrage, „non est hic ordinatum, ut incidas in latrones et perdas vestes tuas“, obgleich es möglich ist; anders wenn ich dich in einen Kampf führe, dann ist das „ordinatum ad perditionem armorum“, und ich hafte dir¹⁴). Cinus hält also nur die mit der Sache, der Handlung ihrer Natur nach verbundene Gefahr und Möglichkeit für maßgebend bei der Zurechnung des Erfolges. Hierbei ist er im Zweifel, ob dann auch die socii des auctor violentiae für alle Tötungen haften, oder wie Jacobus de Arena meine, in Bezug auf diese nur in culpa seien. Das Gesetz spricht nur vom auctor. Cinus meint aber nach seiner Auslegung der ratio legis folgerecht: „sed cum violentia sit crimen ordinatum ad istud malum et alia multa; cur non tenetur [socius] in totum, sicut et principalis tenetur?“ Er neigt sich daher der Ansicht zu, daß auch die socii aus diesem Grunde voll haften, obgleich nur der „animus ad violentiam faciendam“, nicht „ad homicidium“ feststehe¹⁵).

Albericus folgt in seinen Ausführungen fast wörtlich dem Cinus. Der auctor haftet für homicidium, „quia violentia est crimen ordinatum ad homicidium“¹⁶). Dabei erwähnt er aber als auch beachtenswert die Erklärung der lex von Oldradus. Nach diesem sei der Urheber auch in Bezug auf die Tötungen in dolo, denn Oldradus sage: „licet ex principali proposito et intentione intenderet solum possessionem rei suae habere, incidenter tamen et homicidium cogitavit, si resistantiam inveniret, et ideo secum armatos duxit“¹⁷). Er beabsichtigte in erster Linie nur Besitzergreifung, für den Fall des Widerstandes aber auch Tötung und Verwundung, für diesen Fall führte er gerade Bewaffnete mit sich. Oldradus bezeichnet hier klar den dolus eventualis. Nicht das bloße Bewußtsein des Thäters von even-

14) a. a. O. no. 2.

15) a. a. O. no. 3.

16) Albericus, C. ebenda no. 2.

17) a. a. O. no. 3.

tueller Möglichkeit führt er als Kennzeichen des Dolus an, sondern den Willen eventuell den Erfolg zu bewirken, es zu Tötungen kommen zu lassen, imputiert er dem auctor violentiae. — Albericus führt diese Ansicht nicht gerade als die seinige an, nimmt aber in der Frage der Haftung der socii, für deren Lösung ihm Cinus keine genügende Begründung darbietet, den Gedanken des Oldradus wieder auf. Die socii, sagt Albericus, scheinen hinsichtlich der schweren Folgen nur in culpa zu sein, weil nur animus ad violentiam feststehe. „Sed certe unio est consecuta ad homicidium, si invenirent resistantiam“¹⁸⁾. Auch sie sind daher in dolo, weil sie eventuell kämpfen und töten wollten. — An anderer Stelle bespricht Albericus den Fall, wo jemand eine Schwangere mit dem Fulse stößt, sodaß ein abortus erfolgt. Ist der Thäter für dolose Tötung des foetus animatus zu strafen? An sich, meint er, scheint es bei einem Fußtritt nicht auf das Leben des Kindes abgesehen zu sein, und „si praeter propositum incidat in aliud delictum in personam alterius, non punitur.“ Jedoch sei die Frage danach zu entscheiden, ob das Weib „aspectu apparebat praegnans“. In solchem Falle sei ex qualitate facti percussionis“ auf „animus faciendi abortivum“ zu schließen¹⁹⁾, d. h. auf den Willen, eventuell auch die Leibesfrucht zu töten.

Der Gedanke des Oldradus und Albericus, den Erfolg in solchen Fällen zum Dolus zuzurechnen, weil und sofern er zum mindesten eventuell gewollt ist, ward von der herrschenden Doktrin nicht aufgenommen. Maßgebend blieb die Lehre des Cinus, daß der Erfolg dann zuzurechnen sei, wenn der Thäter das Bewußtsein hatte, daß die Natur seiner Handlung die Möglichkeit des schwereren Erfolges in sich schliesse.

Bartolus drückte dies in der Form aus, die der späteren Doktrin geläufig wurde: „Si delinquit in plus incidendo in aliam speciem delicti, hoc adverte: si quidem delictum,

Bartolus!

18) a. a. O. no. 5.

19) Alberic. super statutis. III qu. 59.

lienische Doktrin in ihrer selbständig eingeschlagenen Richtung nur fördern. —

Die Lehre von der Zurechnung des schwereren andersartigen Erfolges hat sich unter den Postglossatoren hauptsächlich im Anschluß an die Versuche, die *ratio legis* der l. 6 („*quoniam multa facinora*“) C. ad l. Jul. de vi 9, 12 zu rechtfertigen, entwickelt. Nach der *lex quoniam* soll der Urheber einer gewaltsamen Besitzergreifung für alle dabei vorkommenden Verwundungen und Tötungen, wie ein homicida, mit dem Tode bestraft werden. Wie die Glosse richtig sagt, ist der Grund, „*quare durius puniri pro homicidio debeat*“, im ersten Satz der *lex* ausgedrückt: „*quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur*“. Der auctor wird also nicht bestraft für dolose Tötung, sondern für violentia, qualifiziert durch schwere Folgen, Verwundung, Tötung etc. Ohne den Versuch, diese Strafbestimmung durch Nachweis von Dolus beim auctor violentiae in Bezug auf die weiteren schweren Folgen zu rechtfertigen, begnügt sich die Glosse mit der Feststellung, daß hier eine Haftung über den Willen und Vorsatz des Thäters hinaus konstituiert sei, eine Ausnahme vom Satze „*voluntas et propositum distinguunt maleficia*“, und zwar weil „*hic plura delicta et mala sunt*“⁸. — Auch Odofredus stellt einfach fest, daß der auctor für alle Folgen, wie für die violentia selbst, auf Grund dieses Gesetzes hafte⁹.

Bartolus geht ebenfalls auf die Schuldfrage hier nicht ein, sondern erklärt die Haftung richtig formal aus dem Gesetz: Der auctor violentiae wird, wenn es zu Verwundungen und Tötungen gekommen ist, nicht für alle diese Delikte bestraft, „*sed totum est unum delictum, scilicet violentia, aggravatum per istas qualitates scil. verbera, neces et similia*“¹⁰).

8) Glo. l. 6 C. ad l. Jul. de vi 9, 12. „Item nota hic puniri affectum, ultra quam se extendat: quia hic violentus solam possessionem habere affectavit, non occidere, unde voluntas et propositum non distinguunt hic maleficium, quod est alibi ut in l. Cor. de sic.“

9) Odofred. IX C. ad l. Jul. de vi l. quoniam.

10) Bartolus, IX C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 1. Ebenso Raph. Fulgosius ebenda no. 1 u. 2.

Wenn Bartolus aber fortfährt: das Delikt sei nur qualifiziert für den auctor, während die „homines coadunati ad hoc“ nur für violentia simplex haften, weil „non debet puniri quis ultra quam habuerit propositum delinquendi“¹¹, so scheint hier allerdings die Annahme zu Grunde zu liegen, daß der auctor auch in Bezug auf die aggravamina in dolo sei¹²).

Cinus hat sich dagegen eingehend mit der ratio legis beschäftigt und seine Erklärung blieb maßgebend. Er behandelt hier die ganze Zurechnungslehre¹³). In Bezug auf den schwereren Erfolg anderer Art sagt er: „si vero incidit in aliam speciem delicti, in quam incidere non proposuit, tunc non tenetur“. Als Beispiele führt er an l. 54 D. de furt. 47, 2: wer injuriae causa eine Thür erbricht, haftet nicht für furtum, wenn auch dadurch von anderen Sachen entwandt werden; ferner l. 39 eod.: wer eine fremde Magd als Beischläferin raubt und verbirgt, ist nicht fur, „nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi“, diese ist hier „libido“; ebenso, wenn jemand libidinis causa die Thür einer meretrix erbricht und nun Diebe hineingelangen. So sei es in der Regel, „quia voluntas et propositum distinguunt maleficia“. Anders jedoch sei es in dieser l. quoniam, „ubi quis incidit in homicidium et sic in aliam speciem delicti, et tamen tenetur“. Die ratio sei: „quia violentia est crimen ordinatum ad illud et alia facinora. Et sic est speciale propter istam rationem“. „Secus est, si crimen, quod ex animo debuit fieri, non ordinatur ad illud delictum, quod committitur sine animo.“ Z. B. jemand glaubt es mit einer Unverheirateten zu thun zu haben, während sie verheiratet ist. Begeht er Ehebruch? Einige meinen dies, doch mit Unrecht: „nam ex quo simplicem fornicationem proposuit committere, non est ordinatum crimen ad adulterium.“ Er haftet daher nur für fornicatio. Denn nicht bei jeder entfernten Möglichkeit ist schon eine Gefahr vorhanden. Das illustriert Cinus, indem er die civilrechtliche Haftung für

11) a. a. O. no. 2.

12) An anderer Stelle spricht er dies auch aus. cf. weiter unten S. 80.

13) Cinus, IX C. ebenda no. 2 u. 3.

quod principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem, qui secutus est, et tunc inspicimus eventum. Si vero ad hoc non tendebat delictum, quod principaliter facere proposuerat, tunc non tenetur“²⁰⁾. An dieser Stelle beurteilt er auch hiernach die Haftung des auctor violentiae für alle Folgen: „violentia punitur secundum eventum, quia verisimiliter illud delictum tendit ad verbera et homicidia“²¹⁾. Die augenscheinliche Tendenz der Handlung, den Erfolg zu verwirklichen, muß dem Thäter bewußt sein: folglich handelt er dolos.

Hinfort gilt dieser allgemein anerkannte Grundsatz als „doctrina Bartoli“. Hiernach entscheidet sich, ob der Verwundende für Tötung, der Gift oder gefährliche Getränke (poculum abortionis und amatorium) Beibringende für alle schädlichen Folgen, der Brandstifter für den Tod der verbrannten Menschen, der Mandant für den Excess des Mandatars in vollem Maße als doloser Urheber verantwortlich zu machen ist, oder nicht.

Ausgebaut und befestigt wurde diese Lehre durch Baldus, insbesondere durch Anwendung auf spezielle wichtige Fälle. In seiner Zurechnungslehre sagt er: „veritas excedit opinionem in diversis delictis: et consideratur opinio“; dann weist er aber darauf hin: „quod delictum quandoque se extendit ad casum improvisum, propter ipsius facti naturam, quae ad talem casum verisimiliter se extendit“, wie bei der violentia der l. quoniam²²⁾. An anderer Stelle entscheidet er im Falle, wo jemand „plus quam cogitavit“ delinquiert: „punitur secundum quod cogitavit et non plus“, das sei aber nur richtig mit den von Cinus aufgestellten Unterscheidungen²³⁾. — Bei Baldus finden sich viele dem entsprechende Entscheidungen. — Wenn der Thäter, sagt er, mit der Absicht zu verwunden, eine Waffe oder einen anderen Gegen-

20) Bartolus, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 7.

21) a. a. O. no. 1.

22) Baldus, VI C. de furt. et serv. corr. l. 20 no. 2.

23) Bald. I C. de episc. et cl. l. si quis non dicam.

stand braucht, der offenbar geeignet ist den Tod zu verursachen — „aptum ad inferendum mortem“ —, dann mußte er diese Möglichkeit voraussehen: „debit cogitare illud posse evenire“. „Non sufficit igitur delinquenti dicere: non putavi, quia putare debuit“ (d. h. notwendigerweise). Es haftet dann für Tötung: „ac si habuisset animum occidendi“²⁴). Aus demselben Grunde haftet der Mandant bei Gefährlichkeit des Aufgetragenen für den Exceß des Mandatars, wenn es nämlich der Natur der Sache nach nicht in der Macht des Beauftragten liegt, die Grenzen des Auftrags zu wahren. „Aut servare fines mandati non erat in potestate mandatarii: et in totum tenetur mandans; ut mando tibi, quod gladio aliquem vulneres et non occidas. Hoc non potes facere, quia modicum vulnus est mortale. Unde mortale et non mortale non est in potestate facientis. Dico quod mandator isto casu tenetur de homicidio, ac si mandasset homicidium fieri“²⁵). Auch wenn er befiehlt nicht zu töten, hat er doch das Bewußtsein von der Gefahr und handelt folglich dolos. — Anders, wenn es wohl in der Gewalt des Mandatars lag, die Grenzen einzuhalten, z. B. ich befehle den A zu schlagen, aber nicht öffentlich auf der Straßse; wenn es trotzdem geschieht, so hafte ich nicht für die rücksichtlich des Ortes erschwerte oder neu hinzukommende Verschuldung des Thäters²⁶), also nicht für „öffentliche“ Injurie, Ruhestörung, Friedensbruch, Verletzung der „sanctitas loci“, u. a. — Bei thatsächlich mangelndem Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit des Erfolges rechnet ihn Baldus stets zur Culpa oder garnicht zu.

Angelus de Ubaldis lehrt die doctrina Bartoli. Der Erfolg einer vorsätzlichen Handlung ist dolose bewirkt, wenn sie die augenscheinliche Gefahr seiner Verwirklichung in sich

24) IV C. mandati l. si mandati.

25) Bald. IX C. de accus. et inscript. no. 29.

26) a. a. O. „aut servare fines mandati erat in potestate mandatarii, ut si mando tibi, quod percutias aliquem extra plateam, tu percutis in platea, — certe non teneor“.

trug. Er wendet diesen Satz auf den auctor violentiae, wie auf jeden Mandanten an. „Licet ipsa violentia principaliter non esset ad hoc ordinata: tamen ejus natura est, ut in ea soleant intervenire caedes et vulnera. Nam ita sibi imputatur, sicut si omnia essent commissa secundum suum propositum, sicut videmus in eo, qui mandat percuti, ita quod non occidat; nam si mandatarius percutit et occidit, non solum ipse, sed mandator de homicidio tenetur“, und zwar „quia dictum maleficium ad hoc verisimiliter tendere poterat“²⁷⁾. Nach diesen Grundsätzen sei auch, sagt Angelus, der Fall, wo jemand eine Schwangere schlägt und einen abortus verursacht, zu beurteilen; denn wenn er wußte, daß sie schwanger ist, hatte er auch den „animus occidendi ventrem“²⁸⁾.

✓ Salicetus erkennt ebenfalls den Grundsatz im Allgemeinen an, daß, wer wissentlich unerlaubt handle, für den Erfolg hafte, „quia tunc, quod gerebat, potentialiter et de verisimili ultra cogitatum poterat extendi“. Er fügt hinzu, daß sich aus diesem Satze die Lösung vieler Streitfragen ergeben, z. B. die, ob jemand für adulterium hafte, der mit einer Verheirateten, die er für ledig hielt, konkumbiert hat. Doch findet sich in seinen sonst weitläufigen Abhandlungen keine Anwendung auf die Verwundung mit tötlichem Erfolge. Auf den auctor violentiae wendet er jenen Satz zwar an, nicht aber auf die socii. Salicet sagt: „ipse autem, qui auctor violentiae fuit, non tenetur immediate de homicidio, sed de violentia propter homicidium aggravata, et forte praeter propositum ejus“. Da aber „voluntas et propositum in maleficia sunt inspicienda“, so könne der auctor nicht praeter propositum haften. Daher müsse die Glosse ergänzt werden: „ratio est, quia violentia est crimen ordinatum ad hoc et caetera similia quod ipse scivit et scire debuit, et sic fuit in lata culpa, si non praecogitavit“. Das soll heißen: die

27) Angel. de Ub. C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 1 u. 2. — cf. über den mandans auch C. de accus. et inscript. l. non ideo no. 2: „si quis mandavit percuti tantum et ut non occidat . . . tenetur de homicidio“.

28) Angel. C. ad l. Cor. de sic. l. si quis necandi.

Haftung erklärt sich nur aus der *Gefährlichkeit* der *violentia*. Hat der *auctor* diese nicht bedacht („*non praecogitavit*“), so ist er nur in *culpa*, hat er sie bedacht, in *dolo*. Von den übrigen Teilnehmern sagt er: sie haften hinsichtlich der von ihnen nicht selbst verübten Tötungen nur für *Culpa*²⁹⁾. *Salicetus* betont also das wirkliche Vorbedenken der Gefahr stärker, als die andern, kommt aber zur klaren Fassung des Begriffs des *dolus eventualis* nicht.

Was *Paulus Castrensis* in seiner sonst so klar zusammengefaßten Zurechnungslehre sagt, ist zu allgemein. „*Qui credebat delinquere uno modo et uno genere delicti, et ipse deliquit alio modo vel alio genere: legitur, ut inspiciatur, quod putabat.*“ (Das sagt sein Lehrer *Baldus* allerdings, jedoch mit dem ausdrücklichen Hinweis auf Einschränkungen.) „*Sed ista lectura*“ — fährt *Castrensis* fort — „*non procedit, quia in jure inspiciatur eventus, non voluntas.*“ Hiermit sagt er zu viel, wenn er nicht die Zurechnung zur Schuld überhaupt im Auge hat, was nicht recht ersichtlich wird³⁰⁾. Bei der Beurteilung praktischer Fälle folgt er aber dem *Baldus*, z. B. in Bezug auf die Haftung des Mandanten³¹⁾.

Raphael Cumanus folgt dem *Bartolus*, betont aber besonders das wirkliche Vorausgesehenhaben des Erfolges: „*quando verisimiliter ex ictu potuit et debuit sequi homicidium, non curatur, an habuerit animum occidendi, et hoc quando non jocando, sed animo deliberato; si enim per jocum cum ense, non tenetur, deest enim dolus.*“ Wenn er aber den Erfolg bedenken mußte, ist er in *dolo*, und zwar auch schon dann, „*quando ex actu non debeat sequi regulariter mors, poterat tamen satis verisimiliter; tunc si deliberato animo percussit, tenetur*“, d. h. für *doloses homicidium*. Hier kommt ihm aber ein Zweifel, ob nicht in diesem Falle zuviel zugerechnet werde: wenn er nun trotzdem nur leichter delinquieren wollte? „*Possit*

29) *Salicet.* IX C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 1—6 u. 15, 16.

30) *P. Castrensis*, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus am Ende. Beispiele führt er hier nicht an.

31) Er wird oft neben *Baldus* für diese Ansicht citiert, insbes. Cons. 262. Cf. *Angel. Aretin.* u. a.

etiam dici, quod si quis verisimiliter voluit leviter delinquere, quamvis debuerit considerare posse sequi mortem, non teneri, secus si gravi delicto dabat operam“. Doch meint er: die erste Ansicht sei doch sicherer („primum videtur tutius“)³²⁾. — Tartagnus führt die Meinung des Raphael Cumanus über die Haftung des Mandanten für den Excess des Mandatars an. Anknüpfend an einen berühmten Fall, den Bartolus behandelt, spricht sich Cumanus für die Freisprechung des Mandanten aus, weil er annimmt, dieser habe nur eine „alapa“, keine Verwundung befohlen; ein Mandant aber hafte nur dann, „quando non poterat separari periculum a re mandata“, und wenn er dennoch diesen Befehl erteilte³³⁾.

Alexander Tartagnus führt zur Rechtfertigung der Haftung des Mandanten für den Mandatsexcess den civilrechtlichen Satz an: „cui mandavit praeambula seu antecedentia necessaria, videntur in dubio mandari consequentia“, „facto enim datur voluntas intelligi“. Das heißt: aus der Natur der Handlung und ihrer Tragweite ist auf die Absicht desjenigen zu schließen, der die Handlung will³⁴⁾. — In einem anderen Gutachten behandelt Tartagnus folgenden Fall: Der A stellt nachts ein „offendiculum“ vor seinem Fenster auf „causa capiendi fures“. Ein einsteigender Dieb kommt durch das offendiculum zu Fall und stirbt. Tartagnus nimmt an, daß zwar ein Excess erlaubten Selbstschutzes vorliege, der A aber nicht für dolose Tötung hafte, „quia ubi delictum, quod commissum est, non tendebat ad illam speciem delicti, quod postea secutum est, non tenetur quis de eo, quod secutum est“³⁵⁾. Der A brauchte an eine Lebensgefahr für den Dieb

32) Raph. Cumanus, D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 4 u. 5. cf. auch no. 3: „potius inspiciatur eventus quam animus, praesertim cum dabat operam rei illicitae“. Anders, wenn er eine Waffe benutzte: „ex quo verisimiliter non debuit sequi mors“, auch wenn er: „dolo et scienter percussit“, denn: „non potuit considerare id eventurum“.

33) Cumanus citiert von Al. Tartagnus, Infort. (D.) de acquir. haered. l. si quis mihi § sed quid si mand. no. 12—15.

34) Al. Tartagnus, Cons. V 146 no. 28.

35) Al. Tartagnus, Cons. II 140 no. 6.

nicht zu denken, daher ist kein animus occidendi anzunehmen, ebensowenig wie bei Verwundung mit an sich ungefährlichem Gegenstande³⁶⁾.

Angelus Aretinus ergänzt die Lehren des Bartolus durch die des Salicetus und Baldus.³⁷⁾ Wie dieser läßt er den Mandanten beim Exceß des Mandatars für alle Folgen haften, wenn es nicht in der Macht des Mandatars war, die Grenzen streng einzuhalten. Beim Befehl mit dem Schwerte zu verwunden hatte der Mandant für die Tötung, „ac si mandasset homicidium fieri“³⁸⁾.

Franciscus de Accoltis (Aretinus), der zu seiner Zeit das größte Ansehen in der Praxis genoß, vertritt die Bartolinische Lehre: „ille qui delinquit praeter propositum in diversa specie delicti, non punitur ut dolosus, nisi actus dolo factus verisimiliter ad aliud delictum dirigetur“³⁹⁾. Er entscheidet danach auch folgenden Fall: Der A hat dem B einen Faustschlag versetzt, der B ist gefallen und hat sich den Kopf an einem Stein zerschmettert. Der A ist deshalb nicht in dolo, weil „non est praeordinatum verisimiliter, ut ex eo debeat sequi id, quod evenit . . . hoc enim est de contingentibus non semper et frequenter, sed raro, ut patet de se, ergo cum percussio ista non sit verisimiliter praeordinata ad casum istum . . . etc.“, „quia percussio cum pugno etiam armata non tendit nec est praeordinata verisimiliter ad hoc genus mortis, ideo non potest teneri de occiso, quia non videtur fuisse in dolo“⁴⁰⁾.

Bartholomäus Caepola hat die „doctrina Bartoli“ in seinen Consilien sorgfältig ausgearbeitet und sie als quellenmäßsig nachzuweisen gesucht⁴¹⁾. Er faßt die Lehre in dem Satze zusammen: „Ubi committens delictum minus voluit delinquere et plus deliquit: si verisimiliter potuit cogitare, quod ex

36) a. a. O. no. 3.

37) Ang. Aretinus, de malef. s. v. Et appensate no. 3.

38) s. v. Sempronium mandatorem no. 39.

39) Franciscus de Aretio, Cons. 80 no. 6 u. 7.

40) Cons. 146 no. 8.

41) Caepola, Cons. 4 (cf. auch 34).

minori delicto, quod intendebat, verisimiliter poterat sequi majus, tenetur de majori delicto, quod est secutum, et non de minori, quod ipse intendebat“. Als Begründung führt er mehrere Quellenstellen an: — 1) Nach der l. 1 § 2 D. de incend. 47, 9 haftet wer ein Haus anzündet für alle mitverbrennenden, „et sic inspicitur eventus et non propositum“; — 2) nach l. 38 § 5 D. de poen. 48, 19 wird der Geber eines poculum abortionis oder amatorium, wenn der andere stirbt, für Tötung mit dem Tode gestraft: „et sic non inspicitur intentio amatoria, sed eventus tristis, qui secutus est;“ — 3) nach der l. 6 „quoniam“ C. ad. l. Jul. de vi 9, 12 haftet der auctor für alle Tötungen „ex una ved altera parte“, „quasi dederit causam morti istorum occisorum; — et tamen nolebat inferre mortem, sed volebat ingredi possessionem“. — 4) Nach kanonischem Rechte haftet der „mandans clericum verberari“ für dolose Tötung desselben: „quemadmodum si mandasset occidi, quia debuit cogitare, quod illatio verberum aliquando inferebat mortem“. Vorher weist Caepola auf eine kanonische Glosse hin, in der er heiße, daß beim Befehl zu verwunden die Tötung einen Mandatsexcess nur „respectu effectus, qui non fuit in potestate sua“ bedeute, nicht „respectu facti“: „sed respectu facti, non excessit, quia vulneravit, sicut sibi mandatum fuit“. — In allen diesen Fällen hafte der Thäter, weil er wufste, „quod maleficium, quod intendebat committere, poterat verisimiliter declinare ad maleficium, quod est commissum: creditur de utroque cogitasse“.

Diese Bartolinische Doktrin ist bis gegen die Mitte des 15. Jahrhunderts die allein herrschende gewesen. Um diese Zeit, also zur Zeit Caepolas, machen sich zuerst abweichende Ansichten geltend.

§ 13.

Fortsetzung: Gegner und Verteidiger der Bartolinischen Doktrin.

Um die Mitte des 15. Jahrhunderts begannen hinsichtlich der Zurechnung des schwereren Erfolges von der herrschenden

Bartolinischen Doktrin abweichende Lehren Einfluß zu gewinnen. Schon die eingehende Begründung der bisher unbestrittenen alten Lehre durch die römischen und kanonischen Rechtsquellen, die Caepola unternahm, beweist, daß sich Opposition gegen sie geltend machte. Diese scheint aber anfangs nur unter den Praktikern, und zwar unter den Advokaten und Consiliatoren, vertreten worden zu sein, während von den hervorragenden Rechtstlehrern sich noch keiner von der herrschenden Lehre abgewandt hatte. Noch Jason de Mayno vertritt in Bezug auf den Mandanten die Lehre des Baldus ohne eine Gegenmeinung zu erwähnen¹⁾. Augustinus Ariminensis macht in seinen Zusätzen zu Angelus Aretinus hinsichtlich der Haftung des Mandanten nur auf widersprechende Entscheidungen des Innocenz und Hostiensis aufmerksam, fügt aber hinzu: „sed ego non recedo a decisione Baldi in l. non ideo“²⁾.

Erst seit einem deshalb berühmt gewordenen Prozeß, oder wohl erst seit der Veröffentlichung der Prozeßgutachten in Caepolas Consiliensammlung³⁾, wird ein Einfluß auf die Doktrin bemerklich. Bei diesem Prozeß, in dem es sich um die Haftung des Mandanten für den Exceß des Mandatars handelt, kam es zu einer scharfen Opposition mehrerer angesehenen Advokaten gegen den berühmten Rechtslehrer und Consiliator Caepola und seine „doctrina Bartoli“. Von beiden Seiten werden alle Gründe ins Feld geführt. Nicht nur die historische Bedeutung des Prozesses, sondern auch die lebhafte und erschöpfende Kritik der gegnerischen Ansichten macht diese Gutachten interessant und bemerkenswert.

1) Jason, C. de serv. fugit l. 1 no. 27 ff., no. 30: „mandans vulnerare tenetur de homicidio. Vulnera non possunt inferri ad mensuram. Alias si verisimiliter erat in potestate mandatarii, ne excederet, puta mandavit, quod percuteres alapa, pugno vel ligno, et tu ferro occidisti . . . non tenetur mandans“. cf. auch Jason, Infort. (D.) de acquir. heredit. l. si quis mihi § sed quid si mand. no. 16 f.

2) August. Arimin. zu Ang. Aretin. de malef. s. v. Et Sempron. Rudolphi no. 39.

3) Caep. Cons. wurden gedruckt schon 1490, Brixiae.

In Caepolas Consiliensammlung finden sich zu diesem Prozesse fünf Gutachten⁴⁾, eines von Caepola, vier von drei namhaften Advokaten. Der Prozessfall ist folgender: Johannes ab Aggere hatte seinem Diener Ambrosius befohlen, er solle dem Bartholomäus durch eine Wunde einen Denkkzettel geben („signare seu vulnerare“), dabei aber ausdrücklich verboten, ihn zu töten („nullo modo occidere“). Der Diener aber verwundet den Bartholomäus mit dem Schwerte so schwer, daß er stirbt. — Darüber, daß Johannes ab Aggere nicht für bloße Verwundung, sondern auch für die Tötung des B. zu strafen sei, sind alle einig. Es fragt sich aber, ob dolose oder culpose Tötung anzunehmen sei. —

Caepola entscheidet: Johannes ab Aggere ist für dolose Tötung mit dem Tode zu bestrafen; denn er hatte entweder den Tötungsvorsatz, oder wenigstens den Gefährdungsvorsatz. — Er begründet sein Urteil nach beiden Gesichtspunkten. 1) „Prima [responsio] est, quod in casu nostro habuit animum occidendi tacite, quo mandavit illud, ex quo verisimiliter mors poterat evenire“. Denn: „ille, qui aliquid mandat, videtur mandare omne illud, quod est vicinum mandato“, sagt die Glosse⁵⁾. Die tötliche Wirkung einer Wunde ist „vicinum ipsius vulneris“, weil jede Verwundung mit gefährlicher Waffe den Tod bewirken kann. Daher scheint, wer Verwundung befiehlt, auch Tötung befohlen zu haben, wie auch Johann Anania sagt: „mandando illicitum mandasse videntur ea, quae verisimiliter concomitare videntur“. Der Befehl war die „proxima et sufficiens causa mortis“. Das Verbot zu töten ist bei solch einem Gebot ein leerer Selbstwiderspruch: „nec prodest inhibitio, quasi sibi ipsi sit contrarius“. Weil er notwendig an die Möglichkeit der Tötung gedacht haben muß, scheint er sie auch gewollt zu haben, und ist daher so zu beurteilen, als hätte er einfach die Tötung befohlen: „quia debuit

4) Caepola, Cons. 34—38.

5) Caepola führt hier die Glo. z. l. 5 § 6 D. judicat. solvi 46, 7 an, wo es heißt: der Mandant könne mit der utilis actio mand. belangt werden, wenn der Mandatar auch nicht streng nach dem Mandat, sondern „juxta mandatum“ gehandelt hat(!).

cogitare mortem evenire posse, et videtur velle, ... perinde est, ac si simpliciter mandasset eum occidere“.

2) „Secunda responsio est, quod licet mandans non habuisset animum occidendi, tamen, quia culpa tendit ad mortem, debet teneri de morte“. Denn nach der Doktrin des Bartolus „inspicitur eventus, quando quis deliquit in plus quam cogitavit, et delictum, quod facere proposuerat, ad hoc tendit“. Da hier die Handlung, die Verwundung mit der Waffe die augenscheinliche Gefahr der Tötung in sich trug, so muß der schwerere Erfolg zugerechnet werden, oder wie Antonius de Butrio sich ausdrückt: „punitur delictum ad limites delicti et non ad limites intentus“. Das Verbot zu töten nützt ihm nichts, denn: „delictum vulneris tendebat ad mortem et non fuit in potestate vulnerantis vulnerare ita, quod non moreretur vulneratus. Vulnera non dantur ad mensuram“. Daher sei der Joh. ab. A. de homicidio mit der poena mortis zu bestrafen, „non dico de homicidio culposo in alia poena minori“. — Caepola sucht im ersten Fall wirklichen Tötungsvorsatz, wirkliches Wollen des Erfolges, das sich „tacite“ im Wollen der als auf die Tötung hinwirkend gekannten Handlung ausspricht. Hier konstruiert er als erster klar den „indirekten“ Dolus. Im zweiten Falle beschränkt er sich auf den Nachweis des Bewußtseins das Leben des B. zu gefährden, das bei Eintritt des als möglich vorausgesehenen Erfolges genügt, um dem Thäter Dolus zu imputieren. Im Bewußtsein der Gefährdung sieht er den Vorsatz zu gefährden, und stellt Gefährdungs- und Verletzungsvorsatz einander ganz gleich. Damit verwandelt er das culpose Verletzungsdelikt in ein doloses Gefährdungsdelikt.

Gegen diese Ausführungen Caepolas erheben die drei Verteidiger des Angeklagten bedeutende Einwendungen und suchen sie im Einzelnen zu widerlegen, zum Teil durch die entgegengesetzte Auslegung der Lehren des Bartolus.

Am eingehendsten bekämpft der Advocat Franciscus de Capitibus Listae aus Padua die einzelnen Begründungen Caepolas⁶⁾. Nach Darstellung der ganzen „doctrina Bartoli“

6) Cons. 36.

über intentio und eventus meint er: wenn man diese Doktrin so wörtlich nähme, wäre die Konsequenz die, daß derjenige, der jemanden auch nur zu ohrfeigen befohlen hat, für Tötung haften müsste, wenn der Insultierte sich ernstlich gewehrt hat und dabei im Kampfe vom Beauftragten getötet worden ist. Denn wer wüßte nicht, daß auf eine Ohrfeige die Antwort mit dem Schwerte zu folgen pflegt. Folglich hätte auch in solchem Falle der Auftraggeber an die Möglichkeit von Mord und Totschlag denken müssen⁷⁾. Daher seien die in der „doctrina Bartoli“ allegierten Gesetze: „non ita supine intelligendae, sed cum grano salis moderandae“. Das führt er dann näher aus: 1) Mehrere der angeführten Gesetzesstellen und Fälle sind auf den Angeklegten garnicht anwendbar, so die Fälle, wo jemand ein Haus vorsätzlich anzündet und mehrere andere mitverbrennen, oder einen Menschen töten will und zwei tötet, oder wenn er durch einen poculum abortionis den partus abtreiben will, und dabei auch die Mutter tötet. Hier delinquierte der Thäter ultra propositum; aber wenn er hier für vorsätzliches incendium oder homicidium gestraft wird, so ist das doch keine Strafe für ein Delikt, das er nicht begehen wollte, sondern für ein Delikt, das er begehen wollte, aber an mehr Objekten beging, als er vorhatte⁸⁾. — 2) Die angeführte Stelle des kanonischen Rechts, nach der der „mandans clericum verberari“ für den erfolgten Tod haften soll, will nur sagen: „quod iste mandans etiam verberari est in dolo, sed respectu mortis secutae ipse non est in dolo, sed est in culpa, et intelligo culpa lata, cum enim omnes intelligerent, quod ex vulnere verisimiliter potest sequi mors“. Daher ist der Mandant nicht „quasi de maleficio doloso“ mit dem Tode, sondern „quasi de maleficio culposo“ milder zu strafen. — 3) Der von Bartolus angeführte Fall der l. quoniam C. ad l. Jul. de vi erscheint

7) Schon im Sprichwort heiße es: „alapa expectat relationem gladii“ — „ergo potuit cogitare, quod verisimiliter poterat caedes sequi“. Es wäre aber doch sehr hart, dann mit dem Tode zu bestrafen. „Non puto leges tam minimi fecisse vitam hominum“. —

8) „Istud est dicere, quod punitur de delicto etiam plurium personarum, quam constitueret.“

schwieriger, denn natürlich ist, wer die gewaltsame Besitzergreifung befiehlt, Urheber des Todes der dabei Umkommenden. Doch hat er die Tötung nicht befohlen und nicht gewollt, deshalb haftet er nicht für dolose, sondern nur für culpose Tötung, weil er die Möglichkeit dieser Folge bei derartigem gewaltsamem Thun hätte bedenken müssen. Dolus wäre nur anzunehmen, wenn er persönlich zugegen gewesen und trotz der ernstesten Gegenwehr befohlen hätte, mit Gewalt vorzugehen; dann hätte er auch Verwundungen und Tötungen wohl vorbedacht und gewollt. — Im vorliegenden Falle aber sei der Befehl noch ausdrücklich auf Verwundung beschränkt gewesen. Daher hafte Joh. ab. A. nur für culpose Tötung⁹⁾.

Auch der Advokat Angelus de Castro¹⁰⁾ vertritt die Ansicht, daß jene Lehre des Bartolus nur in dem Sinne gerechtfertigt sei: „quod eventus et casus mortis imputandum est sibi quantum ad hoc, ut pro illo veniat puniendus aliqua majori poena, quam puniendus fuisset pro vulnere, si non fuisset mors secuta“. Die Culpa, der er sich schuldig gemacht „mandando hoc factum illicitum vulnerandi“, genüge nicht zur Todesstrafe. Er fährt fort: Es ist unzutreffend zu behaupten, der Einwand des Beklagten, er habe seinen Befehl ausdrücklich auf Verwundung beschränkt, nütze nichts. Zwar zur Vermeidung der Strafe, „quae propter eventum mortis imponenda est major, quam si mors non evenisset“, nützt dieser Einwand nichts, zur Vermeidung der Dolusstrafe aber nützt er sehr wohl, „quia per illam [protestationem] apparet, quod in eo non fuit dolus et animus occidendi.“ Wenn Baldus daher in einem solchen Falle den Mandanten de homicidio haften läßt, so hat er Recht: „Baldus bene dicit, quia non tenetur de simplici vulnere, sed de homicidio, ut dixi. Sed dum Baldus postea subdit, quod tenetur de homicidio, ac si mandasset occidi, Baldus non bene dicit. Sed si mandaverit vulnerari cum prohibitione, quod

9) Er führt einen ähnlichen Fall an und behauptet, das Gericht hätte nach seinem Gutachten entschieden und nicht, wie der Statthalter-Vicar wollte, auf Todesstrafe, sondern wegen Culpa auf mildere Strafe erkannt.

10) Caep., Cons. 37.

non occidat, econverso apparet, quod non est in dolo“. Er haftet nur „de homicidio culposo“. Die von Caepola angeführten Quellenstellen beweisen nichts dagegen. Ein Abtreibungstrank wird immer doloser Weise und „animo occidendi saltem foetum, qui est in utero“ gegeben. Das Beispiel des poculum amatorium aber beweist das Gegenteil. Der Geber hat hier weder den animus occidendi gegen das Weib, noch gegen den foetus, sondern ist in culpa lata, die zur Todesstrafe nicht genügt. „Et iste est verus intellectus illius texti“. — Er polemisiert dann scharf gegen die falsche, unter den Richtern sehr verbreitete Auslegung der Worte des Bartolus und der Statuten, als wenn der schwerere Erfolg einer vorsätzlichen Handlung immer zum Dolus zuzurechnen, oder die Todesstrafe gar bei mangelndem animus occidendi nur wegen des factum illicitum aufzuerlegen sei. Wenn Bartolus sage: „in poenis statutariis non inspicitur animus, sed factum“, so meine er natürlich nur: „solus animus non punitur, nisi sequatur etiam effectus“, keineswegs aber, daß es nicht auf den animus occidendi ankomme, und daß das factum sine dolo mit der poena mortis zu strafen sei ¹¹⁾.

Der dritte Verteidiger, Antonius de Rosellis (Professor in Padua) spricht sich im selben Sinne aus: Joh. ab A. sei für Tötung zu strafen, „quia spectatur eventus et non animus: sed non punitur de homicidio doloso, sed culposo; et ita intelligo, quod scribit Bartolus in l. divus D. de sicar“ ¹²⁾. In Bezug auf die Strafe der „Irregularität“ würde eine Einschränkung des Befehls auf Verwundung nichts helfen, „quia protestatio est contraria facto“, und dieses wolle Bartolus an jener Stelle nur sagen. Zum Beweise des Mangels der Tötungsabsicht aber genüge sie: „sed bene relevat mandantem sic protestantem, quia ostendit, quod animus ejus non erat occidendi, nec contrarium ejus factum intervenit, sed fuit in culpa, quia

11) Den formalistischen Richtern wirft er vor: sie hätten Bartolus überhaupt nicht verstanden, klebten am Worte, töteten den Geist durch den Buchstaben, und sollten dann doch auch zufällige Tötung mit dem Tode bestrafen, das wäre wenigstens konsequent. cf, unten § 32, III.

12) Cons. 35. I. Gutachten des Ant. Rosellus.

poterat praemeditari, quod ex vulnere mors sequeretur vel sequi posset.“ Daher entfalle die Todesstrafe. Auch er fügt hinzu: „Et multi, qui non intelligerent bene mentem juris, dicunt poena mortis!“¹³⁾

Die drei Verteidiger bestreiten also die Berechtigung der Zurechnung des Erfolges zum Dolus, auch wenn der Thäter aus der Natur seiner Handlung die Möglichkeit des Erfolges erkennen mußte und sich der Gefahr bewußt war. Sie fordern zur Dolusstrafe auf den Erfolg gerichtete Absicht, „animus occidendi.“ Sie bestreiten aber auch, daß Bartolus unter solchen Umständen den Erfolg zum Dolus zugerechnet habe, deuten vielmehr seine Sätze als Zurechnung des Erfolges zur Schuld überhaupt. Wenn es aber auch aus dem Wortlaut mancher Sätze des Bartolus nicht ganz ersichtlich ist, was er meint, so wird man doch die Auffassung der herrschenden Doktrin und Caepolas als die dem Sinne des Bartolus entsprechende anerkennen müssen¹⁴⁾, zumal die Gegner die klar ausgesprochene Ansicht des Baldus garnicht im anderen Sinne auffassen können.

Die Gutachten der drei Advokaten haben nach ihrer Veröffentlichung bedeutenden Eindruck gemacht; fast alle bedeutenden Schriftsteller nehmen zu ihren Ausführungen Stellung.

Philipp Decius vertritt in einem Gutachten dieselbe Meinung, wie sie, gegen die herrschende Lehre¹⁵⁾. — Der Franciscus hat ausdrücklich befohlen den Johannes nur zu verwunden, nicht zu töten. Der J. wird getötet. Decius führt aus: Nach Bartolus müßte Franciscus für dolose Tötung haften, nach Baldus und Angelus Aretinus haftet er: „ac si mandasset homicidium fieri“¹⁶⁾. Dagegen sagt Decius: „quantum ad homicidium secutum fuit in culpa et non in dolo“; daher keine Todesstrafe. „Istud videtur clarissimum et infragabile fundamentum“. Denn: „non habuit animum committendi ho-

13) Cons. 38. II. Gutachten des Ant. Rosellus.

14) cf. oben § 8.

15) Ph. Decius, Cons. 482. Denselben Fall behandelt er in Cons. 622 (fast wörtlich übereinstimmend).

16) Cons. 482 no. 1—3.

micidium, quia limitata fuit voluntas in vulneribus“¹⁷⁾. Mit Caepola auf Dolus zu schliessen „ex eo, quod actus vulnerandi tendit ad mortem“, ist unzulässig, weil sich daraus nur Culpa ergibt. Die Entscheidungen des Bartolus und Baldus müssen so aufgefaßt werden, daß der Mandant zwar für Tötung, aber für culpose zu strafen sei. Decius erklärt, er halte es daher ganz mit dem „famosus Dr. Franciscus de Capitibus Listae“. Caepola mache einen Unterschied in den Fällen, wo das „principium licitum“ und wo es „illicitum“ ist. Dieser Unterschied, sagt Decius, kann den Grundsatz nicht aufheben, daß ein culposer Excess, die culpose Wirkung eines schwereren Erfolges, nicht mit der Dolusstrafe, sondern milder zu strafen ist. Auch wenn das Unternehmen von Anfang an unerlaubt war, so bleibt doch der Excess deshalb culpos begangen¹⁸⁾. — In einem anderen Consil sagt Decius: „licet quis daret operam rei illicitae, non tamen tenetur pro homicidio, nisi praecise habuit animum occidendi“, z. B. „actus rapiendi est illicitum“; wenn nun auch dabei eine Tötung verursacht wird, so ist doch der „actus rapiendi penitus separatus ab homicidio et nullo modo erat ordinatus ad homicidium“, dieses ist daher nicht [notwendig] dolos begangen. Ebenso haftet, wer ein „offendiculum ad capiendum“ aufstellt, nicht für dolose Tötung des verunglückenden Diebes, weil er nur die Absicht zu fangen, nicht die zu töten hatte¹⁹⁾.

Als mit Decius übereinstimmend in der Annahme von Culpa beim „mandans vulnerari“ wird genannt Marianus Socinus, auch Alciat folgt der Bartolinischen Doktrin nicht mehr²⁰⁾. — Von hervorragenden Vertretern der neuen

17) a. a. O. no. 6, 7, 9 u. 12.

18) a. a. O. no. 15 ff. „principium illicitum — tamen in excessu dicitur esse in culpa“.

19) Decius, Cons. 234 no. 3; cf. auch Cons. 9, wo er betont, daß die poena homicidii ausgeschlossen sei beim Mangel des „animus et voluntas occidendi“. Was „praeter opinionem delinquentis“ erfolge, sei Culpa.

20) Socinus wird in einer Marginalnote zum Cons. 482 no. 9 des Decius citiert. Von Alciat heisst es ebenda: er sei zwar anderer

Ansicht ist nur noch Hippolytus de Marsiliis zu nennen²¹⁾).

Hippolytus de Marsiliis stellt den Grundsatz auf: „in delictis attenditur principium et non finis.“ Es kommt auch hinsichtlich des Erfolges auf voluntas und propositum an. Wenn einige jemanden angreifen ohne „animus occidendi“, sondern „animo et intentione bastonandi“, und ihn dabei töten: „isti interfectores de occiso non tenentur, sed aliter mitius puniuntur, cum ultra propositum delinquerint“²²⁾. In einem Gutachten bespricht Marsilius den Fall eines Mandats-excesses²³⁾. Der Edelmann Bernardus traf einen Bauern an, der ihn schwer beleidigt hatte. Er forderte seine Begleiter auf den Bauern dafür zu prügeln („dare aliquos bastonatos et eum percutere“), jedoch nicht zu töten. Diese prügeln den Bauern, so daß er starb. Marsilius stellt seine Meinung der herrschenden gegenüber, die dolose Tötung und Todesstrafe gegen Bernardus und Genossen annehmen würde²⁴⁾, dahin fest, daß nur von culposer Tötung die Rede sein könne, da die Thäter nicht die Absicht zu töten gehabt hätten²⁵⁾. Bartolus Lehre von der Zurechnung des schwereren Erfolges zum Dolus sei nur anwendbar, wenn es sich nicht um verschiedene Delikte, sondern um einen schwereren Erfolg desselben Delikts handle, wie bei der Brandstiftung an einem Hause, durch die viele andere mit verbrennen; denn das Delikt sei dann eben in jedem

Meinung, aber nur „quia illud dictum Decii (näml. „mandans fuit in culpa“) non est tutum, sed iudex arbitrabitur“. Damit läßt er aber schon die doctrina Bartoli fallen.

21) Farinacius führt für diese Ansicht fälschlich auch Franciscus de Accoltis (Aretinus), Cons. 146 no. 8 an. Dieser spricht an dieser Stelle von einem Falle, wo die Handlung „non est praeordinatum verisimiliter ad casum“. Cf. oben S. 85. Decian führt für diese Ansicht außer jenen Advokaten nur Decius und Hippolytus an.

22) Hipp. de Marsiliis, Singularia no. 176. Er citiert hier auch P. Castrensis, Cons. 192. (Sehr reiche Litteraturangaben, bes. Bart. u. Bald.) Cf. auch Hipp. de M. Practica crim. § ulterius no. 6.

23) Hipp. de Marsil., Cons. 67.

24) Cons. 67 no. 1—11.

25) no. 12 ff.

Falle beabsichtigt. Ebenso sei es im Falle des *poculum abortionis*, wo Tötung der Leibesfrucht jedenfalls beabsichtigt sei. Wo der Erfolg ein ganz anderes Delikt darstelle, sei eine solche Zurechnung unmöglich. Bernardus habe keine Tötung gewollt. „Si diceremus puniendum esse poena mortis, sequeretur inconveniens, quod ipse puniretur de homicidio, quod abhorruit et quod protestatus est non fieri, quod est absurdum“²⁶⁾. Dagegen spricht der Fall des *auctor violentiae* der l. *quoniam* nicht. Dieser ist in Bezug auf die Tötungen in dolo. Denn „violenter voluit intrare possessionem et videns violentiam sibi inferri potuit recedendo prohibere occisiones et homicidia, sed stando et volens violentiam persequi videtur voluisse, quod caedes et homicidia committerentur. Et sic videtur fuisse in dolo, postquam se non retraxit“. Nicht weil er es überhaupt voraussehen mußte, ist er in dolo, sondern weil er, als er es schon dazu kommen sah, sich nicht zurückzog²⁷⁾ (*dolus eventualis*). Auch der wahre Satz: „in maleficiis spectatur eventus“ spricht nicht für Zurechnung jedes Erfolges zum Dolus: „quia dico, quod eventus non facit esse in dolo illum, qui aliquod delictum commisit sine dolo.“ Aus jenem Satze folgt doch nicht: „tale factum habuit malum effectum — ergo faciens fuit in dolo!“²⁸⁾. Marsilius geht aber noch weiter. Er sagt: Nicht nur in diesem Falle ist der Erfolg wegen Voraussehbarkeit nicht zurechenbar, sondern überhaupt kann wegen bloßer Voraussehbarkeit der Erfolg nicht zugerechnet werden. „Sed ultra responsionem datam dico: non esse verum, quod quis teneatur de eo, quod potuit cogitare evenire posse, ita generaliter.“ Die Konsequenz wäre sonst, daß auch der Befehl jemanden zu ohrfeigen oder von ihm unberechtigter Weise eine Schuld einzutreiben zur Haftung für Tötung führen kann, „quia debuit cogitare hoc evenire posse.“ Daher haften Bernardus und Genossen höchstens

26) no. 32 u. 33.

27) no. 34.

28) no. 38. Cf. auch 35 f. Er bezieht sich hier auf die Gutachten der Advokaten im Proceß „Joh. ab Aggere“ bei Caepola, Cons. 35—38.

für *culpose* Tötung²⁹⁾. Hierauf sucht Marsilius noch zu beweisen, daß die Angeklagten überhaupt nicht für Tötung, die *casualiter* geschehen sei, haften, sondern nur für vorsätzliche Bastonade³⁰⁾.

Die Lehre des Bartolus und Baldus wurde durch diese Kritik nicht verdrängt. Im 16. Jahrhundert war sie wieder fast ganz allgemein anerkannt. Zwar wurden jene Gutachten der Paduanischen Advokaten und Rechtslehrer auch in späterer Zeit stets beachtet, aber meist bekämpft. — Von den bedeutenderen späteren Juristen vertrat nur der sehr selbständige Julius Clarus die Meinung, daß nur bei bestimmt auf den Erfolg gerichteter Absicht Zurechnung zum Dolus möglich sei. Dolose Tötung liegt nur vor, „quando quis animo aliquem occidendi interficit“³¹⁾. Den andersartigen Erfolg rechnet Clarus daher in der Regel zur Culpa zu: „dicitur etiam *culposum homicidium*, quando quis citra animum occidendi alium percussit, ex qua tamen percussione ille mortuus est“³²⁾. Daß aus der Art der Verwundung, der gebrauchten Waffen u. s. w. sich Indizien für Dolus ergeben, erkennt er dabei an³³⁾.

Als Gegner der neuen Lehre tritt Aegidius Bossius auf. Er sucht die Bartolinische Doktrin zu verteidigen, stützt sie aber auch, wie schon Caepola, von anderen Gesichtspunkten aus mit neuen Gedanken. Auf die gegnerischen Gutachten im Prozeß „Joh. ab Aggere“ hinweisend, sagt Bossius: „Teneo contrarium casu, quo instrumentum, cum quo vulnus illatum fuit, esset ad occidendum aptum“, weil, wie Baldus und Caepola sagen „perinde est, ac si haberet animum occidendum“. Und in der That läßt sich der Dolus gar nicht leugnen, meint Bossius: „Et in effectu etiam non potest dici, quin habuerit animum occidendi, accipiendo tale instrumentum sciens, quod certo et destinato modo vulnus dari

29) no. 43. Er beruft sich hauptsächlich auf den „*excellentissimus Dr. Fr. de Capitibus Listae*“.

30) no. 52—56. Hier spricht er nur als Vertheidiger, nicht als Jurist.

31) Clarus, Sent. lib. V. § homicidium no. 6.

32) a. a. O. no. 4.

33) no. 5 u. 8.



non potest“³⁴⁾. Daher ist auch der Mandant, der Verwundung befiehlt, homicida, weil in solchem Falle auch die Tötung seinem Befehl entspricht: „cum homicidium conveniat cum mandato“³⁵⁾. Weil das principaliter beabsichtigte Delikt „tendit ad illum finem delicti secuti“, ist auch der auctor violentiae hinsichtlich der Tötungen nicht in culpa, sondern in dolo. Er ist „quoad subsecuta in dolo saltem in genere, ex quo totum primum delictum tendebat ad ea. Quis enim potest excusare a dolo invadentem cum exercitu in castrum alterius, quoad homicidia, quae hincinde sequuntur? certe nemo“³⁶⁾. Hier stellt Bossius einen dolus generalis im Sinne einer auf einen allgemeineren Verletzungsbegriff gerichteten Absicht auf. Wenn er sagt, der auctor violentiae ist hinsichtlich aller schwereren Folgen „in dolo in genere“, so heißt das: seine Absicht war überhaupt auf Gewaltthaten gegen Personen gerichtet, auf alle Verletzungen, die sich daraus ergeben: Schläge, Wunden, Tötung. Jede dieser Spezies ist vom Verletzungsdolus mitumfaßt, jede Verletzung, auch die Tötung, ist gewollt, wenn sie eintritt (man könnte auch sagen: weil sie eintritt). Ebenso wäre der „dolus in genere“, auf den „mandans vulnerari“ und auf den mit gefährlicher Waffe Verwundenden bezogen, ein dolus generalis in diesem Sinne. Der Thäter will verletzen, er beabsichtigt jede eintretende Verletzung, die sich aus seiner Handlung ergibt. Die Gefährlichkeit der Handlung ist Indiz für

34) Bossius, de homicidio no. 71. Er fügt hier hinzu: „et si aliter diceremus, res esset pessimi exempli, et infinita homicidia remanerent impunita“.

35) a. a. O. no. 72. Cf. auch: de mandato ad homicidium no. 10, wo er sagt: wenn beim Auftrage zu verwunden, „ita ut non occidatur“, der Mandatar tötet, haftet der Mandant, „quia in vulneribus inferendis adhiberi certus modus et mensura non potest. Secus si mandatur dari colaphus vel percussio cum baculo“. Er citiert unter anderen auch Felinus u. Caepola, Cons. 34, und fügt hinzu: „nec curo de eo, quod postea dicit Coepola in Consiliis sequentibus (das sind jene Advokaten), quia haec est communis“.

36) no. 74.

den umfassenden Inhalt seines *animus violandi*. Hiernach läßt sich der allgemeinere Satz des Bossius, den er nur auf die Aberrationsfälle bezieht, auch auf diese Fälle anwenden: der Thäter ist wegen Dolus zu strafen: „ubi de hoc [quod postea secutum est] in genere saltem cogitasset, postquam delictum . . . aperte tendebat in id, quod secutum fuit“³⁷⁾. Zum Schluß, wo Bossius das Resultat seiner Erörterung zusammenfaßt, kommt der Gedanke des „indirekten“ Dolus zum Ausdruck. Im Falle, wo „primum delictum tendit ad ea, quae sequuntur“, sagt er: „faciens dicitur quoad omnia in dolo: in dolo tamen principaliter quoad delictum, quod facere intendebat, et successive quoad alia, ad quae directe intendebat principale delictum; et ita Statutum puniens homicidas comprehendit tales, sicut lex Cornelia“³⁸⁾. Später spricht er auch wörtlich von einer „indirekten“ Beziehung des Dolus auf den Erfolg: „valde dubito de alio casu, quando ictus non tendebat ad eum finem . . . Attamen sum cum opinione mitiori hoc casu, quia dolus nec directe, nec indirecte potest accommodari ad id, quod secutum est“³⁹⁾. In den vorhin besprochenen Fällen bezieht sich also der Dolus „indirecte“, d. h. infolge des Wollens der verursachenden Handlung, auf den Erfolg.

Durch die Autorität des Aegidius Bossius wurde die Bartolinische Lehre von neuem befestigt. Dagegen wurden seine Ausführungen über den „dolus in genere“ und die Andeutungen eines „indirekten“ Dolus von der italienischen Doktrin kaum beachtet.

Carerius vertritt die alte Lehre⁴⁰⁾. In Bezug auf die

37) no. 73 cf. oben § 11, S. 69.

38) no. 74, Conclusio.

39) no. 75. cf. § 14, S. 106.

40) Carerius, de homic. S. 214 qu. 3 no. 6. „Quando cogitatum verisimiliter tendit ad finem secutum, tunc punitur, licet aliter fuerit secutum, quam cogitaverat, in his, quae sunt de genere prohibitorum dando operam rei illicitae.“ Er verweist auf den auctor violentiae, auf die Haftung für Brandstiftung, auf den tödlichen Erfolg des poculum abortionis, u. a. no. 7

Haftung des Mandanten verweist er auf die abweichende Lehre der bekannten Advokaten und des Marsilius. Gegen den letzteren bemerkt Carerius, daß seine Ausführungen gegen die herrschende Lehre nicht ganz zutreffend seien, da es in seinem Falle sich bloß um einen Befehl zu prügeln („bastonare“ — Cons. 67) handele, was gar nicht so gefährlich sei⁴¹⁾. Es komme darauf an, ob befohlen wird zu verwunden „tali instrumento, in quo non esset in potestate mandatarii observare fines mandati“. In solchem Falle hindere auch der Befehl, nicht zu töten, die Haftung für doloses homicidium nicht⁴²⁾.

Decian, Menochius und Farinacius vertreten die Bartolinische Doktrin als communis opinio.

Decian hebt allerdings hervor, daß der Wille sich auf den Erfolg richten müsse. Nach „jus civile et romanum certum est: animum in homicidio et quibusdam delictis in primis spectandum esse, non exitum“. Im Unterschied hiervon werde nach kanonischem Rechte gestraft „etiam sine directa voluntate, vel etiam, si nullum factum ejus intercessit propinquam actui“. Das geschehe aber „propter horrorem facti et rigorem disciplinae ecclesiasticae“, und dürfe nicht auf das weltliche Strafrecht angewandt werden⁴³⁾. Daher nimmt Decian beim Exceß des Mandatars „praeter ipsius mandantis voluntatem“ Culpa an. Er meint: das sei zweifellos richtig bei einem Mandat, „ex quo verisimiliter et regulariter non solet sequi mors,“ z. B. beim Befehl, jemandem Faustschläge, Stockprügel oder Ohrfeigen zu geben, oder ein Weib zu rauben, denn „raptus libidinis causa non ad mortem ordinatus est“. In

erwähnt er das Konkumbieren mit einer Verheirateten, die der Thäter für ledig hält. Es komme darauf an, ob er auf die Gefahr hin handelte oder wirklich im Irrtum war.

41) de homicid. S. 290 f. qu. 3 no. 3 u. 4.

42) a. a. O. no. 75 u. no. 1. no. 1: „— — — ex quo etiam vulnus minimum potest esse mortale, nec est in potestate mandatarii servare fines mandati — — — mandans in totum tenetur de homicidio, sicut si ipse mandans mandasset homicidium committi“.

43) Decian IX cap. 27 no. 6, 8 u. 9.

solchen Fällen stehe es in der Macht des Beauftragten, die ihm gesteckten Grenzen einzuhalten. Er selbst habe einen Angeklagten mit Erfolg verteidigt, der befohlen hatte, einer meretrix bloß das Gesicht zu zerkratzen („signare cum cultello parvulo“). Der Beauftragte hätte ihr das cultellum einfach in die Gurgel gestossen; da sei der Mandant von der poena ordinaria freigesprochen worden⁴⁴). Wenn es aber nicht in der Macht des Mandatars liege, die Grenzen einzuhalten, wie z. B. wenn ihm Verwundung befohlen werde, so hafte der Mandant für Tötung, selbst trotz des ausdrücklichen Verbotes⁴⁵). — Fälschlich führt Decian als Gegner der Meinung, daß der Mandant bei Culpa nur mit einer poena extraordinaria belegt werden könne, Caepola an, und sagt von seiner Ansicht: „frequentius est recepta, ea ratione: ubi in homicidio non intervenit dolus, sed tantum culpa, non debet quis poena ordinaria, i. e. mortis puniri“. So hätten die berühmten Jurisconsulten Rosellus, Fr. de Capitibus Lista, Angelus de Castro, Decius und Hippolytus entschieden⁴⁶). Er verschiebt hier den Gegensatz der Ansichten, als wenn Caepola die poena ordinaria bei Culpa gefordert hätte, und nicht vielmehr Dolus, und zwar wesentlich im gleichen Falle wie Decian, angenommen hätte⁴⁷). Wenn daher Decian am Schluß seiner Abhandlung sagt: diese ganze Materie sei „satis confuse ab omnibus tractata“, so paßt das am besten auf ihn selbst. — Anerkennenswert ist jedoch der Hinweis auf das Unberechtigte kritikloser Anwendung von Sätzen des kanonischen Rechts auf das bürgerliche Strafrecht.

Auch Menochius betont, daß der culpa lata herbei-

44) a. a. O. cap. 36 no. 5—8.

45) no. 11. cf. auch cap. 34 no. 4 u. 5, wo Decian den „miles Florentinus“, der zu seinem Diener sagte „non venias domum, nisi sentiam novum de injuria mihi illata, sed adverte, ut eum non occidas“, für dolose Tötung haften läßt, wenn der Diener aus den Umständen entnehmen mußte, daß der Herr Verwundung mit dem Schwerte befohlen habe. — cf. auch no. 18 ff.

46) cap. 36 no. 5.

47) cf. oben S. 85 f. u. 88 ff. und unten § 32, S. 240.

geführte Erfolg einer unerlaubten Handlung nicht als doloser zu strafen sei. Wer eine Diebesfalle aufstellt, haftet daher nicht für Dolus, wenn der Dieb getötet wird: „non enim dolo egit, ut occideret“⁴⁸⁾. Dennoch meint er: der „mandans vulnerari et non occidi“ haftet bei Tötung für Mord. „Ex quo enim mandatum fuit id, quod non est in potestate mandatarii, ... sequitur ipsum mandantem teneri, ac si homicidium mandasset.“ Das sei, fügt er hinzu, von Baldus, Caepola und Bossius klar festgestellt, und „ab hac sententia recedendum non est“, wenn auch manche, wie Angelus Castrensis, Rosellus u. a. eine andere Meinung vertreten hätten⁴⁹⁾.

Farinacius behandelt in breiter Ausführung die Frage: „Dans operam rei illicitae, an, quando et qua poena puniatur de eo, quod praeter ejus intentionem contingit?“⁵⁰⁾ Als Regel stellt er auf, daß der Thäter „de omni eo tenetur“, und führt für diese Regel an, was er an anderer Stelle gesagt, „ubi probavi in puniendis delictis sufficere dolum in genere“. An jener Stelle⁵¹⁾ aber sagt er nur ganz allgemein: „quamvis in delictis puniendis dolus requiratur, sufficere tamen videtur dolum in genere,“ und zitiert dann: Baldus, Tiraquelles, Gomez und Berojus. Von Berojus sagt er: er erkläre (in c. 2 n. 35 u. 39 i. fin. vers. „limitari possit“) am besten, was „dolum in genere“ und „dolum in specie“ sei, und scheine zum Schluß zu kommen, „quod quando Lex seu Statutum requirit dolum in specie, tunc non sufficit dolum in genere,“ was er mit guten Beispielen belege⁵²⁾. Trotz der Weitschweifigkeit läßt sich hieraus gar nichts entnehmen. — Bei seinen Ausführungen am zuerst genannten Orte entscheidet sich Farinacius für die Bartolinische Doktrin. Der „illicitae rei operam dans causamque delicti praebens“, wie z. B. der auctor violentiae, hafte für den Erfolg mit der „poena ordinaria delicti“. Diese Meinung bezeichnet er als „opinio magis in jure

48) Menochius, de arbitr. jud. cas. 324 no. 7, 9 ff.

49) a. a. O. cas. 352 no. 2.

50) Farinacius, de homicidio qu. 126 III no. 61—70.

51) de poen. temper. qu. 87 no. 57—59.

52) Das Werk v. Berojus ist dem Verf. nicht zugänglich gewesen.

probata“, gegenüber der von den bekannten Jurisconsulten bei Caepola, und von Marsilius und Clarus vertretenen⁵³⁾. Auch bei der Beurteilung der actiones liberae in causa zeigt sich dieser Standpunkt: schon das Bewußtsein von der Gefahr macht den Dolus aus und rechtfertigt die Dolusstrafe. Wer „sciens se solitum in ebrietate delinquere et alios percutere“ übermäßig trinkt und delinquent, wird nicht milder, sondern mit der poena ordinaria gestraft, geradeso wie der, der sich betrunken hat „ad effectum, ut ebrius delinqueret“⁵⁴⁾.

Mit dem Ausdruck „dolus in genere“ läßt sich ein bestimmter, in der italienischen Doktrin einheitlich aufgefaßter Begriff nicht verbinden. In der Regel soll damit nur „Dolus überhaupt“ bezeichnet werden; bei Einzelnen (Jason, Bossius) erscheint er in gewissen Fällen als „dolus generalis“. — Ohne einen bestimmteren Inhalt zu gewinnen, ging dieser Ausdruck in die deutsche Doktrin des 16. und 17. Jahrhunderts über. Meist wurde der Satz des Baldus: „sufficit dolus in genere“ unter anderen Sätzen bei der Begründung der Zurechnung des schwereren Erfolges zum Dolus als bestätigende Phrase angeführt, ohne nähere Erklärung seines Sinnes, so z. B. von Thomingius⁵⁵⁾. — Bei Carpzow, der diesen Ausdruck nur an einer Stelle braucht, bleibt es unklar, ob er dabei an einen dolus generalis denkt, oder nicht. Zur Begründung seines „dolus indirectus“ führt er die Bartolinische Zurechnungslehre an. Er sagt: der Verwundende mußte den tödlichen Erfolg voraussehen, „praesertim cum sciat vulnera ad mensuram dari non posse, ex eisque immediate ut plurimum mortem sequi. Quo respectu percutiens gladio etiam

53) de homicid. qu. 126 III no. 65, 66, 69. — Über die Haftung des mandans vulnerari cf. Farin., de consultoribus qu. 135 no. 163, 168 u. 171. Das Verbot zu töten nütze nichts, weil der Mandant weiß, daß der Beauftragte keine „statera in manibus“ habe, „ut podneraret vulnera mortalia et non mortalia“ (no. 171).

54) de poen. temper. qu. 93 no. 20 u. 21. cf. oben § 2, II 4.

55) Thomingius, Decisiones coll. jurid. in acad. Lips. 1596. „qui delinquit ultra aut praeter intentionem“, wo er unter den bekannten Sätzen des Bartolus und Angelus auch diesen Satz des Baldus anführt.

versatur in dolo in genere“. Hierbei könnte man an einen auf einen allgemeineren Verletzungsbegriff gerichteten „dolus generalis“ denken. Wenn Carpzow aber fortfährt: „Dolose namque agit, quod gladio percutit, dolose quoque agit, quod vulnerat, et sic vulnerando dolose causam mortis praebet. In delictis autem puniendis sufficere dolum in genere tradunt Dd.“⁵⁶⁾, so scheint der Nachsatz nur auszudrücken: es genügt, daß der Thäter überhaupt dolose handelte. Carpzow legt auf diesen Satz kein großes Gewicht und erwähnt ihn späterhin nicht mehr.

Aus der beständigen Verquickung dieses Satzes des Baldus mit der „doctrina Bartoli“ bei den späteren Schriftstellern entstand die falsche Ansicht, daß die Postglossatoren den schwereren Erfolg bei Bewußtsein seiner Möglichkeit zum Dolus zurechneten, weil sie einen „dolus in genere“ oder „generalis“ annahmen⁵⁷⁾.

§ 14.

Fortsetzung. Die Lehre vom „dolus indirectus“.

Von einem „indirekten“ Dolus kann nur dann gesprochen werden, wenn man eine indirekte oder mittelbare Richtung des Willens annimmt, die durch eine direkte oder unmittelbare bedingt wird. Der indirekte Dolus ist nur denkbar als die auf die Handlung direkt oder unmittelbar, und deshalb auch auf die aus ihr sich ergebenden natürlichen Folgen indirekt oder mittelbar gerichtete Absicht. — Wo daher dem Dolus die Annahme von eventuellem Willen oder generell bestimmtem, resp. unbestimmtem Willen zu Grunde gelegt wird, ist der Gedanke an indirekten Dolus ausgeschlossen, da in diesen Fällen eine unmittelbare Beziehung des Willens auf den Erfolg stattfindet. Aus diesem

56) Carpzow, Practica rerum crim. I qu. 1. no. 30.

57) cf. Leyser, Meditationes ad Pand. (1717) Sp. 603 med. 8. „Sufficit animus quomodocunque laedendi cum facto, ex quo mors verisimiliter sequi poterat, conjunctus.“ Er will an Stelle des Carpzowschen animus indirectus den „animus nocendi“, d. h. einen dolus generalis setzen. Sp. 597 med. 17 und Sp. 603 med. 1—4.

Grunde ist auch der Gedanke des indirekten Dolus nicht vorhanden, wo Dolus angenommen wird auf Grund des Bewusstseins von der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Erfolges, wo also der Dolus, als auf den Erfolg gerichteter Wille begriffen, sich nur als Gefährdungsdolus denken läßt. Wenn hier der Gefährdungsdolus zum Verletzungsdolus gestempelt wird, so liegt dabei der Gedanke des eventuellen, also eines direkt auf den Erfolg bezogenen Wollens im Hintergrunde, nicht der des indirekten. Bei allen diesen Dolusauffassungen ist die Grundlage für einen dolus indirectus noch nicht gegeben, dessen Grundgedanke lediglich der ist: daß im Wollen der Ursache mittelbar das Wollen der Wirkung liegt¹⁾. Die Gefahr ist nur als Indiz von Bedeutung.

Scheinbar nahe dem Grundgedanken des indirekten Dolus steht die kanonische Zurechnung des Erfolges auf Grund des Verbotenseins der vorsätzlichen Handlung: „ex quo quis rem illicitam facit, omne id, quod sequitur, imputatur“. Doch wird hier nicht aus dem Wollen der Handlung das Wollen des Erfolges gefolgert, sondern nur ein sich im Wollen des Verbotenen offenbarendes allgemeines böses Wollen angenommen und deshalb jeder Erfolg als Schuld zugerechnet. Einen streng juristischen Gedankengang darf man bei der Zurechnungslehre des kanonischen Rechts überhaupt nicht suchen, weil hier der Gesichtspunkt zugleich ein kirchlich-pädagogischer ist. Auch haben die italienischen Juristen jenen Satz in Bezug auf die Zurechnung zum Dolus nicht anerkannt.

1) Wer mit dem Ausdruck „dolus indirectus“ einen anderen Gedanken verbindet, mag dieser auch zum selben praktischen Resultate führen, braucht eine unzutreffende Bezeichnung, sein Gedanke hat mit einem „indirekten“ Dolus nichts zu thun. Eine Vermischung des eventuellen, generellen oder unbestimmten Dolus, oder des Gefährdungsdolus der Bartolinischen Doktrin mit dem dolus indirectus ist Unklarheit. Einer solchen Konfusion verschiedenartiger Gedanken haben sich einzelne Italiener, nach ihnen aber alle deutschen Vertreter des dolus indirectus, Carpzow, Boehmer, Nettelblatt etc. schuldig gemacht. Die Konsequenz eines reinen d. ind. scheuten sie. Ihr dolus indirectus ist auf die Zurechnungslehren aller italienischen Juristen von Bartolus bis auf Farinacius und zugleich auf die des Spaniers Covarruvias zugeschnitten.

In der italienischen Doktrin ist der Gedanke an einen indirekten Dolus selten hervorgetreten und nie zu allgemeiner Anerkennung gelangt.

Der erste, der einen *dolus indirectus* klar und bewußt aufstellt, ist *Caepola*, indem er sein Urteil über den *Johannes ab Aggere* dadurch begründet, daß er sagt, dieser habe „*animum occidendi tacite, quo mandavit illud, ex quo verisimiliter mors poterat evenire*“, weil er damit vorsätzlich die „*proxima et sufficiens causa mortis*“ setzte. Den Befehl nicht zu töten, nennt er einen Selbstwiderspruch, weil mit dem Wollen der Verwundung, der Ursache, „*tacite*“ auch die Tötung, die Wirkung, gewollt ist²⁾. *Caepola* bezieht also den direkt nur auf die verursachende Handlung gerichteten Willen auch auf die Folgen, weil diese mit der Handlung stillschweigend, mittelbar, indirekt mitgewollt sind. *Caepola* stellt hier also nicht einfach das Bewußtsein von der Möglichkeit oder den Gefährdungsvorsatz als Dolus hin, sondern erklärt, der Wille des Thäters richte sich in der That auch auf den Erfolg, nur „*tacite*“.

Wie schon erwähnt spricht *Bossius* ausdrücklich von einer direkten und indirekten Beziehung des Dolus auf den Erfolg. „*Valde dubito*, sagt er, *de alio casu, quando ictus non tendebat ad eum finem Attamen sum cum opinione mitiori hoc casu: quia dolus nec directe nec indirecte potuit accommodari ad id, quod secutum est*“³⁾. In den vorher von ihm besprochenen Fällen, wo die Handlung ihrer natürlichen Beschaffenheit nach auf den schwereren Erfolg hinwirkte, bezieht sich demnach der Dolus, wenn nicht direkt, so doch indirekt auf den Erfolg, d. h. in Folge des Wollens der verursachenden Handlung. Dort drückt *Bossius* diesen Gedanken weniger präzise, aber doch deutlich aus, indem er sagt: der Thäter sei in Bezug auf Alles in *dolo*, „*principaliter*“ hinsichtlich der beabsichtigten

2) Cf. oben § 13.

3) *Bossius*, de homicid. no. 75. Cf. vorig. § 13.

Handlung, „et successive quoad alia, ad quae directe tendebat principale delictum“⁴⁾.

Diese Gedanken werden von der italienischen Doktrin nicht weiter entwickelt, überhaupt wenig beachtet. Dagegen ist das von den spanischen Juristen geschehen, durch die dann diese Lehre in die deutsche Doktrin Eingang fand.

Gomez, der meist den italienischen Juristen des 14. Jahrhunderts, insbesondere dem Bartolus folgt, bei den späteren Italienern aber selbst ein großes Ansehen genoss, vertritt die Zurechnungslehre des Bartolus⁵⁾. Die Annahme einer indirekten Absicht liegt angedeutet in seiner Bemerkung zur Bestimmung der l. Corn. de sic., die das Geben eines poculum amatorium bei tödlichem Erfolge mit dem Tode bestraft. Gomez erklärt diese Bestimmung durch den indirekten Dolus des Thäters. „In praesenti casu intervenit dolus saltem implicitus ex eo, quod fecit rem illicitam dando poculum amatorium, ex quo verisimiliter potuit sequi mors, unde merito tenetur poena mortis“⁶⁾. Hier in diesem Falle könnte von einem Dolus eventualis garnicht die Rede sein, weil der Thäter ja garnicht den Willen haben kann, das Leben der anderen Person in Gefahr zu bringen. Trotzdem ist das ein Fall, wo die Annahme des sog. dolus indirectus möglich ist: der Thäter will das an sich gefährliche Mittel, will daher indirekt die daraus sich ergebenden Folgen.

Grundlegend für die spätere Lehre sind die Ausführungen des Covarruvias. Er entwickelt die Lehre vom indirekt auf den Erfolg gerichteten Willen so vollständig, daß er als eigentlicher Begründer der Lehre vom „dolus indirectus“ anzusehen ist, obgleich er von indirekter Absicht oder indirektem Dolus nicht spricht. Er sieht in den Fällen der

4) a. a. O. no. 74. Cf. oben § 13.

5) Gomez, Com. var. resol. III. de delictis, cap. 3 de homic. no. 33. „Quando aliquod delictum vel factum est tale, quod non potest regulari et modificari animo et voluntate delinquentis, imo est tale factum, quod verisimiliter potest extendi ultra intentionem ejus, tunc efficaciter tenetur et punitur ex delicto secuto, licet habuisset animum minus delinquendi“.

6) Ebenda no. 33.

sog. bewußten Culpa einen indirekt auf den Erfolg gerichteten Willen, den er aber von der auf den Erfolg gerichteten Absicht, z. B. „*animus occidendi*“, unterscheidet. Covarruvias sagt: „Ein *voluntarium homicidium*“ liegt nicht nur dann vor, wenn der Wille des Thäters sich ausschließlich auf Tötung richtet, sondern auch dann, wenn sein Wille sich auf die Handlung richtet, aus der unmittelbar der Tod folgt. Wer z. B. nur Verwundung beabsichtigt, aber durch einen schweren Schlag den Tod herbeiführt, ist „*homicida voluntarius*“, denn sein Wille richtet sich auf die Verwundung und alle sich unmittelbar aus ihr ergebenden, natürlichen Folgen⁷⁾. Dasselbe, meint er, wolle auch S. Thomas sagen, wenn er lehre, daß die Sünde durch einen schwereren Erfolg schwerwiegender werde, wenn der Erfolg sich notwendigerweise aus der Handlung ergeben mußte oder wenigstens aus solchen Handlungen zu folgen pflegt⁸⁾. An einer anderen Stelle des Thomas v. Aquino, die Covarruvias anführt, heißt es nun: „*Dicitur autem magis vel minus indirecta voluntas in homicidium, quoties actus per se volitus, aut voluntate comprehensus magis vel minus tendit ad ipsius homicidii periculum*“. Diesem Satze entnahm Covarruvias Begriff und Bezeichnung des indirekten Willens. — Der Wille, sagte er, kann sich zum tötlichen Erfolge in verschiedener Weise verhalten, er kann sich auf ihn „*directe et per se*“, oder „*indirecte et per*

7) Covarruvias, Relectiones II. de homicidio. Init. no. 1. „*Voluntarium homicidium intelligo non solum, cum occidens explicite tendit ad occisionem, et occidere vult, sed et quoties ejus voluntas tendit in eum actum, ex quo de per se ac immediate mors sequitur non per accidens, siquidem voluntas peccantis et agentis malum fertur in id, quod fit et in omne illud, quod per se, non per accidens, sequitur ex illo. . . . Profecto hic erit homicida voluntarius, voluntas enim percutientis fertur in percussione et in omne id, quod immediate et per se, non per accidens ex eo fuerit secutum, et sic in homicidium ex percussione per se et immediate secutum*“.

8) „Id manifeste sensit S. Thomas, qui docet, peccata aggravari ex eventibus, qui postea succedunt, non solum quando illi sunt praecogitati, sed etiam quando praeter intentionem successerunt, si illi eventus per se et necessario sequuntur ex priori opere, aut saltem ut pluribus ita illa eveniunt“.

accidens“ richten. „Directe enim fertur voluntas in homicidium, quando quis animum habet occidendi: et haec est perfecta propriaque homicidii malicia. Indirecte autem et per accidens, fertur voluntas in homicidium, quoties fertur in id, ex quo immediate et per se non per accidens, homicidium sequitur. Nam in id, quod per accidens sequitur, nullo modo fertur voluntas nec directe, nec indirecte“⁹⁾. Nur, wenn die gewollte Handlung an sich die unmittelbare Folge der Tötung mit sich bringt, liegt eine „indirecta voluntaria occisio“ vor. Covarruvias führt aus der lex Cornelia de sic. die Beispiele an: der Geber eines poculum abortionis wird mit dem Tode bestraft, „quod ille actus ex propria vi ac natura maxime tendat in periculum mortis aut gravissimae laesionis“; ebenso der Geber eines poculum amatorium. Wenn nun der Dolus und animus occidendi fehlt, kann ein solches homicidium zwar nicht „per se et directe“, wohl aber „indirecte et per accidens“, als „voluntarium homicidium“ bezeichnet werden, „quia actus per se volitus aut voluntate comprehensus magis tendat ad ipsius homicidii periculum“. Dagegen haftet nicht für homicidium voluntarium, wer einen „poculum ad conceptionem“ gegeben hat, „quod non est ita periculosum, quippe quod confici soleat ex his, quae vires corporis augent, . . . qua ratione non ita tendit in hac voluntate comprehensus actus ad periculum mortis“. — Wo der Wille des Thäters sich „directe et per se“ auf die Tötung richtet, wo also animus occidendi vorliegt, da ist der Dolus ein „perfectus“: „tunc . . . dolum homicidio voluntario perfectum adesse“. — Hier- nach könnte man die voluntas indirecta einen „dolus imperfectus“ nennen. Das sagt Covarruvias aber nicht. Er stellt vielmehr fest, daß das homicidium voluntarium, wenn es

9) a. a. O. no. 2. Covarruvias illustriert dies am Fall eines sich Betrinkenden: „fertur quidem tunc voluntas directe in potum immoderatum, indirecte autem et per accidens in ebrietatem, quae fuit secuta directe et immediate ex potione immoderata“. Auf die weiteren Folgen, „id quod ex ebrietate fuerit per accidens secutum praeter spem“, kann der Wille nicht bezogen werden, „nec directe, nec per accidens fertur voluntas in id.“

„voluntate indirecta“ begangen ist, nicht mit der poena ordinaria, sondern milder zu strafen sei, „quasi minuatur peccatum pro ratione indirectae voluntatis et ob imperfectionem voluntarii“. Die poena ordinaria soll nur bei „verus animus occidendi“, „perfectus dolus“ verhängt werden¹⁰⁾. Welche Schuld den Thäter aber im konkreten Falle treffe, ob eine directa et perfecta, oder eine magis vel minus indirecta, oder gar keine voluntas vorliege, sei aus den Umständen zu entnehmen, aus der Beschaffenheit der gebrauchten Werkzeuge, aus der Art ihrer Anwendung u. s. w. zu mutmaßen¹¹⁾. Zu bemerken ist, daß Covarruvias weder von dolus noch von culpa spricht, sondern unterscheidet: 1. das „homicidium voluntarium voluntate directa commissum“, d. i. dolose Tötung; 2. das h. vol. voluntate indirecta c., das alle Fälle bewußter Culpa neben denen des dolus eventualis umfaßt; 3. das homicidium casuale, das auch die Fälle unbewußter Culpa umfaßt¹²⁾. Delikt ist nur, was „voluntarium“ ist¹³⁾. — Covarruvias will die Deliktschuld, auch die culpose, als Willensschuld aufweisen, konstruiert sie aber, soweit es möglich ist, als auf den Erfolg gerichteten Willen. Das ist hinsichtlich der Culpa nur möglich bei Annahme einer indirekten Willensrichtung; eine solche ist aber nur nachweisbar bei indiziertem Bewußtsein des Thäters von der Möglichkeit des Erfolges, nicht nachweisbar bei unbewußter Culpa. Letztere nennt daher Covarruvias nicht culpa, sondern casus. Er konstruiert also die Culpa als Vorsatz¹⁴⁾.

Diese Ausführungen des Covarruvias machte Carpzow zu den seinigen und gründete auf sie seine Lehre vom „ani-

10) a. a. O. no. 2 am Ende u. § I, no. 1.

11) § I, no. 1.

12) Covarruv. a. a. O. de homic. casuali.

13) a. a. O. de delictis et conatib. no. 1. „Voluntarium constituit delictum, involuntarium autem ab eo excusat. . . . delictum . . . aut peccatum nequaquam potest accidere nec constitui absque malicia illud committentis, quae quidem malicia minime dicitur ex involuntario“.

14) Cf. Stübel i. N. Archiv f. Krim.R. 1826 (Bd. 8) S. 236 ff., der die bew. C. („Schuld“) ebenfalls als Vorsatz faßt und sonst von „Zufall“ spricht.

mus indirectus“¹⁵⁾, die er dann durch die Bartolinische Doktrin und den vielsagenden Ausdruck „dolus in genere“ unterstützte. Von der italienischen Doktrin¹⁶⁾ auf den indirekten Dolus übergehend, sagt Carpzow: „Voluntarie quoque occidere videtur non solum is, qui animum habet occidendi, sed et qui vulnerando causam praebet mortis. Fertur enim voluntas quandoque in actum homicidii directe et per se, quandoque indirecte et per accidens. Directe fertur voluntas . . . etc.“ Es folgt nun wörtlich die Ausführung des Covarruvias mit allen Beispielen und Quellenstellen. Carpzow schließt: „Utraque autem voluntas in actum homicidii fertur. Ergo et utraque voluntas homicidio subsecuto poenam pro eo impositam meretur“¹⁷⁾. Er fordert die poena ordinaria auch für den indirekten Dolus. Diese in solchen Fällen zu sichern, war sein praktischer Zweck; darum suchte er Dolus nachzuweisen¹⁸⁾.

Damit war der dolus indirectus in die deutsche Doktrin eingeführt. Carpzow folgten Böhmer, Nettelbladt-Gläntzer u. A.¹⁹⁾.

15) Carpzow, Practica rer. crim. I. qu. I. de poen. homic. et animo occidendi. insb. no. 15—63.

16) Carpzow, a. a. O. no. 28—30. „ Notum est, quod dans operam rei illicitae teneatur de omni eo, quod sequitur praeter illius intentionem et voluntatem, si nimirum causa sit ordinata et tendat ad subsecutum delictum, ita quod delicti auctor verisimiliter aut cogitavit vel cogitare potuit, aut saltem cogitare debebat de eo, quod inde facile successurum erat.“ Cf. auch oben § 13 am Schluss. Ferner: Carpz. no. 53 ff.

17) Carpz. a. a. O. no. 31—34.

18) no. 28, no. 42 („Et sane si aliud diceremus, ... infinita homicidia remanerent impunita“, sagt Carpzow mit Bossius), no. 59 („contraria opinio periculosa est“) u. ff.

19) Boehmer, Observationes ad Carpzow I. qu. XXVII obs. I. no. 6 u. 7 u. Elementa jur. crim. Sect. II cap. 16 § 202. — Nettelbladt-Gläntzer, Diss. de homicidio ex intentione indir. com. Halae 1756. — Über sie cf. Krug, Über dolus u. culpa. Leipzig 1854 u. Gessler, Begriff u. Arten d. Dolus. Tüb. 1860.

§ 15.

IV. Überlegung und Mangel der Überlegung (*dolus impetus, non praemeditatus*).

In der italienischen Doktrin ist der Gedanke nur allmählich zur Anerkennung gekommen, daß der Mangel der Überlegung bei der verbrecherischen That, die durch Affekt oder sonstige Befangenheit des Urteils erzeugt wird, an sich kein die Merkmale der Schuld bestimmendes Moment ist. Der Mangel an Überlegung, insbesondere der Affekt, kann die Schuld überhaupt oder den Dolus ausschließen, oder er kann den Dolus zulassen (was in der Regel zutreffen wird), je nachdem in welchem Grade und in welcher Beziehung das Bewußtsein und das Unterscheidungsvermögen des Thäters getrübt ist.

Die römischen Quellen heben diesen Gedanken nicht bewußt und klar hervor, doch läßt sich eine andere Auffassung keineswegs nachweisen.

Bei den Glossatoren erscheint das Verhältniß des Affektes zur Schuld ebenfalls noch ungetrübt durch Vermischung von Schuldmerkmalen mit Strafbarkeitsmerkmalen. Nach der Glosse schließt der Affekt Dolus nicht aus, kommt vielmehr nur als Strafmilderungsgrund in Betracht. „*Impetus*“ ist im Sinne der Glossatoren nie als Bezeichnung des Dolus bei Affekt aufzufassen, sondern damit soll, den Quellen gemäß, nur der Affekt selbst in bestimmtem Falle, nämlich der „*calor iracundiae*“, Zornausbruch, Entrüstung aus bestimmtem Anlaß bezeichnet werden, z. B. der Zorn des „*justo dolore commotus*“ oder „*ebrietate accensus*“. Beim *impetus* ist Zurechnung zum Dolus, wie zur Culpa möglich. Die Glosse bemerkt zur l. 48 D. de R. J.: „*nota quod hic iracundia minuit culpam*“, und fügt unter Hinweis auf l. 4 § 1 C de adult. 9, 9 hinzu: „*quandoque minuit delictum*“. Es ist der Fall, wo jemand unerlaubterweise „*inconsulto dolore*“ den Ehebrecher tötet. Hier soll nur Exil verhängt werden, „*quia et nox et dolor justus factum ejus relevat*“. Es kann in diesem Falle Culpa oder Dolus vorliegen. Der Affekt erscheint als Straf-

milderungsgrund. Ebenso bemerkt Azo: wenn der Ehemann den Ehebrecher oder seine Frau ungesetzlicherweise tötet, wird er mit geringer Strafe belegt, „doloris causa, quia difficile est justum dolorem temperare.“ „Sic ergo patet, quod per calorem mitigatur poena“¹⁾. — Aus der angeführten Glosse spricht aber schon die Anschauung, daß der Mangel der Überlegung an sich die Absicht ausschliesse und Culpa begründe; denn die Glosse bezieht den civilrechtlichen Satz der l. 48 l. c.: „Quidquid calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse“, — offenbar auch auf Delikte, nämlich auf Injurien. Deutlicher zeigt sich das bei Azo. Beleidigungen setzen „animus injuriandi“ voraus. Azo nimmt an, daß der inconsultus calor den animus in der Regel ausschliesse: „qui calore accensus est, non habet animum delinquendi“. Wenn z. B. einer dem anderen beim Schachspiel aus Ärger ein verbum injuriosum sagt, so liegt keine Beleidigungsabsicht vor. Azo meint, auch sonst sei beim calore accensus nicht animus anzunehmen, „nisi perseveraverit“; in solchem Falle hafte er: „licet enim fiat calore iracundiae, nihilominus teneatur quis injuriarum“²⁾. Hiermit wird der Dolus des Affektes wegen als ausgeschlossen betrachtet bis zum Beweise durch perseverantia.

Diese Ansicht, daß der Affekt den Dolus ausschliesse, wurde durch das kanonische Recht befestigt, das in solchen Fällen sogar die Schuld ganz ausschliesst, wie z. B. bei Trunkenheit, beim Notwehrexcess im Zorn. Durantis sagt: „quod calore iracundiae fit, non imputatur“³⁾.

Sehr bestimmt spricht sich zuerst Cinus gegen diese An-

1) Azo, Summa C. IX ad l. Jul. de adult. no. 23 und Com. IX C. eod. l. 30.

2) Azo, Com. C. de injur. l. 5.

3) Durantis, Spec. I, partic. 2, de accusatore no. 11. „Dicunt quidam, quod si te provocavi dicto vel facto ad iram, et si dicto vel facto mihi injuriaris, non debes ex hoc mihi condemnari“; . . . denn: „quod calore . . . etc.“

sicht aus⁴⁾. Er nennt es absurd, das, was „iracundiae calore malefit“, straflos zu lassen⁵⁾. Bei injuriosa verba müsse der Mangel der Beleidigungsabsicht bewiesen werden. Er weist sowohl die Meinung zurück, daß das, „quod calore iracundiae dicitur, pro non dicto habendum est“, als auch die, daß nur zu strafen sei, wenn der Thäter „post calorem amotam“ bei der Beleidigung beharrt. Er ist auch dann strafbar, sagt Cuius, wenn es ihn reut, denn: „poenitentia tua non satisfacit famae meae“⁶⁾.

Bei Bartolus erscheint der impetus als Strafmilderungsgrund. Er liegt vor, „quando subito oritur rixa“, oder „propter ebrietatem“, und läßt Zurechnung zum Dolus, wie zur Culpa zu. Bei ebrietas soll stets mildere Strafe eintreten⁷⁾. Dabei betont Bartolus so sehr das Vorliegen von bloßer Culpa, daß Baldus ihm gegenüber hervorhebt, daß bei ebrietas zum mindesten culpa lata oder aber Dolus vorhanden sei.

Albericus de Rosato nimmt bei Trunkenheit Strafmilderung an und schließt bei Beleidigung die Strafe aus, wenn der Thäter nicht dabei beharrt⁸⁾. Nach den Statutarrechten unterscheidet Albericus den „überlegten“ und „unüberlegten“ Dolus. „In multis civitatibus est statutum, quod committens homicidium tractatum moriatur, si non tractatum puniatur in centum. Et dubitatur: quando dicatur homicidium tractatum.“ Albericus sagt, der Unterschied liege nur in der Überlegung und dem Mangel der Überlegung beim Thäter: „tractatum dicitur eo ipso, quod in animo de-

4) Nach Angelus de Ub. wurde diese Ansicht zuerst von Petrus bekämpft; er meint wohl Petrus de Bellapertica, der Cuius beeinflusste.

5) Cuius, C. de injur. l. si non convicii no. 3.

6) a. a. O. no. 1 u. 2.

7) Bartol. II D. n. de poen. l. respiciendum § delinquent no. 2 und ad l. Cor. de sic. l. 1 § divus no. 2.

8) Alberic., C. de episc. et cl. l. si quis non dicam no. 12: „ebrietas mitius punitur, quam homo sanae mentis“ und C. ad l. Jul. de maj. l. super no. 2 u. 3. no. 4: „si quis ex iracundia dixit alicui injuriam et poeniteat, quod non puniatur“.

liberatum est“, nicht, wie man dem Wortlaute nach annehmen könnte, darin, daß in einem Falle eine Verabredung, ein Planschmieden mit anderen vorliege („quando consilium, deliberatio et tractatus praecessit“), im anderen Falle nur ein selbständiger einfacher Entschluß des Thäters. In Bergamo, wo ein solches Statut existiere, habe er allerdings eine solche einschränkende Auslegung gefunden. Indizien für ein homicidium tractatum seien z. B. Art der Tötung, Menge der Wunden, Feindschaft, vorherige Drohungen⁹⁾. Doch erklärt Albericus in seinem Digesten-Kommentar: „Nota quod magis punitur faciens homicidium tractatim, quam non tractatim. Tractatim enim debet intelligi non, si subito vel in rixa fiat, sed praecedente aliquo tractatu vel consilio,“ und verweist dabei auf den Text l. 10 D. ad l. Jul. de adult 48, 5), wo von „convenire ad tractandum de adulterio“ die Rede ist¹⁰⁾.

Bei Baldus bezeichnet „impetus“ den Dolus bei Affekt, der ein „minor dolus“ ist. Ein Delikt, sagt er, wird „impetu factum“ genannt, wenn es in leichter Gemütsregung, „per calorem levi mente turbata“, oder etwa in leichtem Rausch, „per levem ebrietatem“, begangen wird. Kein impetus liegt vor bei völliger Sinnlosigkeit, „exilium mentis“, und bei sehr starker Trunkenheit. „Ebrietas magna delictum extenuat, non autem in totum excusat.“ Dagegen: „parva ebrietas non minuit delictum“, denn „impetus“ ist nicht Culpa, sondern Dolus: „non dicit text. »culpa«, sed dicit »impetu«.“ Der Thäter handelt beim impetus nicht „appensate et deliberate“, sondern „inconsulte, subito motu“. Daher ist der impetus ein „minor dolus“, nämlich der „dolus non praemeditatus“ im Gegensatz zum „dolus praemeditatus“, bei dem das Verbrechen mit Überlegung begangen wird, „cum deliberatione perpetratum“. Von diesen beiden Dolusarten sei in der l. 11 § 2

9) Alberic. super Statutis I qu. 64. — cf. auch C. quod metus causa l. metum.

10) Alberic. II D. n. ad l. Jul. de adult. l. et si amicis no. 1. Das ist wohl seine frühere durch das Statut von Bergamo, seiner Vaterstadt, beeinflusste Meinung, cf. dagegen den in voriger Anm. zitierten Codex-Kommentar. Über das Stat. Bergamense cf. weiter unten Menochius.

D. de poen. die Rede („delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu“) ¹¹⁾. — Vom impetus beim Notwehrexcess sagt Baldus: Wenn jemand die Grenzen der Notwehr, erregt von berechtigtem Zorn, „malo dolo“ überschreitet und den Gegner tötet, so ist er für den Excels zwar zu strafen, aber milder, als wenn ihm kein Grund zum Zorn gegeben wäre, „quam si non esset data occasio delinquendi“ ¹²⁾. Über den impetus bei Injurien führt Baldus im Sinne des Cinus aus, daß im Zorn zugefügte Beleidigungen, die durch Reue nicht gut gemacht werden können, „quae per poenitentiam non possunt reduci in pristinum statum“, gestraft werden müssen. Überhaupt entschuldige der calor iracundiae solche verba injuriosa, die maleficia darstellen, nicht ¹³⁾.

Angelus de Ubaldis und Salicetus vertreten noch nicht die Impetuslehre des Baldus. Bei ihnen erscheinen impetus, calor irae, justus dolor, ebrietas als Strafmilderungsgründe von mehr oder minder Gewicht. Doch vertreten sie gegen die Kanonisten die Ansicht des Cinus, daß der Affekt

11) Bald. IX C. qui accusare non poss. l. 10 no. 6. „ nam iste est minor dolus, quam si cum deliberatione esset scelus perpetratum; nam major dolus est iste; unde potest dici, quod § delinquant (l. 11 § 2 D. de poen.) loquitur in tribus casibus: scilicet in dolo praemeditato et majori, in dolo non praemeditato et minori, et in casu fortuito“.

12) Bald., D. v. de j. et j. l. ut vim, am Ende. — cf. auch Bonifacius de Vitalinis, de insultu no. 9: „si tu ira vel timore ductus et motus ex proposito vel dolo percutis illum, excedis modum in vulnerando, non teneris“.

13) Bald. IX C. de injur. l. si non convicii (5) no. 2: „Verba injuriosa quaedam sunt, quae per poenitentiam in pristinum statum reduci possunt: et illa talia non sunt curanda, si calore iracundiae sunt facta, quia non persistitur in proposito, imo poenitet illum, qui fecit, et sic poenitentia sequens purgat factum praecedens. — Quaedam sunt, quae per poenitentiam non possunt reduci in pristinum statum: et ista, licet fiant calore iracundiae, tamen puniuntur. — Quaedam fortiuntur juris effectum, ut repudium, et ista nihil operantur, si fiunt calore iracundiae, quia non procedunt ex animo, sed potius secundum quandam alterationem. — Quaedam sunt, quae non fortiuntur effectum, sicut sunt maleficia, et in illis non distinguitur, an emanaverint calore iracundiae, vel non, quia nunquam maleficia debent remanere impunita“.

Schuld und Dolus nicht ausschliesse¹⁴⁾. — Angelus sagt: „convicium vel aliud delictum inconsulto calore iracundiae debet puniri.“ Der Affekt entschuldige nicht, wenn die Beleidigung irrevocabel sei. Er lobt die Ansicht des Petrus de Bellapertica¹⁵⁾, dem Cinus folgt. Vom justus dolor sagt Angelus: „Difficillimum est temperare justum dolorem, et ideo nesciens temperare mitius punitur. Et est allegabile multum pro illis, qui incidunt in aggressuram contra alium inferentem verba injuriosa et contumeliosa. Punitur ergo tunc plus, quia fecit, non quia non debuerit se vindicare“¹⁶⁾. Angelus schlägt hier also die Schuld sehr gering an, und will eigentlich nur aus formellen Gründen strafen, um dem Gesetz zu genügen: „quia fecit“. — Salicetus sagt dagegen an einer Stelle ganz allgemein, wie Azo: „calore iracundiae dicta vel facta non attenduntur, nisi adsit perseverantia“, und „iracundia minuit delictum“¹⁷⁾, „justus dolor movens ad delinquendum mitigat poenam“ z. B. bei Rachemord für den Tod des Vaters¹⁸⁾. Auch in Bezug auf die Injurien sagt er: „dicta inconsulto calore non puniuntur“, doch fügt er hinzu, das sei nur wahr, wenn die Beleidigung überhaupt sofort wieder gut gemacht werden konnte und wurde¹⁹⁾.

Unter den späteren Juristen gewinnt die Lehre des Baldus die Herrschaft. — Alexander Tartagnus bezieht sich auf Baldus, indem er sagt: „rixa et metus instantis periculi tollunt consilium deliberandi, et sic non videtur percutere cum deliberato proposito occidendi“²⁰⁾. — Angelus Aretinus nimmt die Lehre des Baldus in vollem Umfange auf²¹⁾.

14) Angelus de Ub., C. de injur. l. si convicii no. 6.

15) Angelus de Ub. a. a. O.

16) Angel. II D. n. ad l. Jul. de adult. — Cf. auch C. ad l. Jul. de adult. l. Grachus no. 6.

17) Salicet, D. v. de divortiis, l. divortium.

18) Salic. C. ad l. Jul. de adult. l. Grachus no. 12 u. 13.

19) Salic. C. de inj. l. si non convicii no. 1 u. 2.

20) Tartagnus, Cons. I, 109 no. 5. Cf. auch über den Notwehr-excess bei impetus: Cons. II, 140 n. 8 ff. u. VII, 119 no. 12 ff.

21) Ang. Aretin. s. v. scienter dolose. „Delictum propter levem ebrietatem seu calore vini mente turbata, non tamen cum exilio mentis,

„Impetus“ ist ein „minor dolus“. Eine schwerere Strafe tritt ein, „quando quis appensate et deliberate deliquit, quam si ex abrupto, vel in rixa, vel iracundiae calore, vel impetu, vel casu“²²⁾. Durch das Werk des Aretinus wurde die Lehre des Baldus den Praktikern geläufig.

In Caepolas Consiliensammlung finden sich mehrere Gutachten zu einem Prozeß über den Notwehrexcess²³⁾. Franciscus de Capitibus Listae führt im Sinne des Baldus folgendes über den dolosen Excess aus. Wenn der zuerst Verwundende die Flucht ergreift und der Verwundete ihm folgt, ihn stellt und tötet „justo dolore commotus“, so handelt dieser „dolo et animo ulciscendi“. Aber: „licet iste sit dolus et maleficio dolo sum, tamen quia iste dolus causatur a dolo deteriori adversarii insultantis, et si iste delinquens sit puniendus de homicidio doloso, tamen minus punitur et non poena mortis“. So entscheide Baldus „singulariter“ diesen bemerkenswerten Fall, wo jemand, obgleich er dolose tötet, nicht mit der Todesstrafe zu belegen sei. „Lex enim parcit, sagt Franciscus, huic justissimo dolori causato a dolo adversarii insultantis. Non dico parcit, quasi non teneatur, quinimmo debet acriter puniri, sed non poena mortis“²⁴⁾.

Franciscus de Accoltis kann sich bei seiner Verteidigung eines Notwehrexcedenten der Ansicht, daß Dolus vorliege, nicht entziehen. Wer „ex certa scientia et animo occidendi perturbato tamen et concitato per offensionem sibi factam“, die Grenzen der Notwehr überschreitend, den Gegner tötet, ist milder zu strafen, „quasi videbatur esse in culpa potius, quam in dolo, vel saltem, — fügt er hinzu — quod est verius, in minori dolo. Quid enim delinquitur per iram, non proprie dolose et ex animo factum dicitur“. Er weist darauf hin, daß nach der Ansicht des Jacobus de

dicitur impetu factum impetu i. e. non appensate et deliberate, sed inconsulte subito motu.“

22) a. a. O. s. v. et appensate.

23) Cf. Caepola, Cons. 42—45, von den Advokaten Joh. Jacob. Patavus, Laurus de Palazolis, Franc. de Poralinis u. Fr. de Capitibus Listae.

24) Caep. Cons. 43.

Arena und des Kanonisten Antonius de Butrio nur Culpa anzunehmen wäre. Wenn aber auch Dolus nicht zu leugnen sei, könne der Thäter immerhin nur für „minor dolus“ gestraft werden, weil „minor est dolus et proximior (!) culpa, cum fit irae et commotionis impetu, ut in casu nostro“²⁵⁾.

Jason de Mayno schränkt den Satz des Speculator: „dictum vel factum calore iracundiae non debet imputari“, nur dahin ein: „nisi quis post calorem iracundiae perseverasset in eadem voluntate.“ Dann aber meint er mit Cinus ganz allgemein: „fallit in delictis“, wenn auch die Strafe zu mildern sei. In solchem Falle sei z. B. die Gotteslästerung nicht capitaliter zu strafen, aber nur, „nisi ex injusta causa esset provocatus, puta ex amissione pecuniae facta in ludo“²⁶⁾. Dies beweist, daß die Strafmilderung nicht wegen Mangel der Schuld oder des Dolus beim Affekt, sondern nur wegen der Verzeihlichkeit des Affekts, wegen seiner gerechten Ursache eintritt. Auch der dolose Notwehrexcess wird milder gestraft, weil dem Thäter die occasio delinquendi vom Gegner gegeben wird und er sie ohne ruhige Überlegung ergreift, nicht weil er unzurechnungsfähig oder bloß in culpa ist²⁷⁾.

Nach Philipp Decius ist die Regel 48 D. de R. J. nicht auf Delikte anwendbar. Der „calor iracundiae“ schütze nicht vor Strafe: „alias raro propter homicidium esset quis puniendus, quia plerumque cum iracundia committitur“. Entschuldigt werden könne der Thäter nur bei „maxima iracundia, propter quam alienatus sit a mente.“ Doch sei Strafmilderung am Platz insbesondere bei Provokation und justus dolor. Decius führt hier die Meinung des Felinus an, der stets die poena ordinaria eintreten lassen will, wenn der Thäter nicht eine „talis iracundia, quae ipsum delinquentem a mente alienaverit“, nachweise, „quia alias nullam haberet excusationem“. Decius meint ein solcher Beweis dürfte sehr schwierig sein²⁸⁾.

25) Franciscus Aretinus, Cons. 80, no. 8 ff.

26) Jason, I. C. de inoff. testam. l. si filium no. 5—7.

27) Jason I. D. v. de j. et j. l. ut vim no. 11.

28) Ph. Decius, de reg. jur. 48, quidquid calore no. 6—8. — Bossius

Hippolytus de Marsiliis faßt den Affekt wieder als Schuld-milderungsgrund auf und nimmt in den Fällen des „dolus impetus“ Culpa an. „Calor seu rabies doloris facit, ut recedemus a dispositione et a poena legis et Statutorum“, insbesondere bei Provokation. Doch stehe dem Richter nach Ludovicus Romanus das Recht zu auch bei „iracundia etiam orta aliter, quam ex facto offenso“, die Strafe zu mildern²⁹⁾. Wenn der „justo dolore accensus“ die Grenzen der Notwehr überschreitet, ist er „potius culposus, quam dolosus“, und „quia inconsultus calor vitio caret, non tenetur de occiso ut homicida“³⁰⁾. Der Ludovicus hat den Dionysius insultiert und flieht darauf. Der D. folgt ihm und verwundet ihn. Notwehr liegt nicht mehr vor, wegen justus dolor nimmt Marsilius aber culpose Verwundung an, „quia est potius culposus“³¹⁾, denn, wie er an anderer Stelle in solchem Falle sagt: „homo intenso dolore promotus non est in plenitudine intellectus“³²⁾. — Wie Marsilius vertritt auch Carerius mehr die früher herrschende vom kanonischen Recht beeinflusste Meinung. Der Affekt erscheint bei ihm als Schuld-ausschließungs- oder Schuld-milderungsgrund³³⁾.

Dagegen hat die spätere Doktrin die Lehre des Baldus immer mehr zur Herrschaft gebracht und gut durchgebildet.

Obgleich Bossius den Notwehrexcess sehr milde be-

führt eine andere Stelle des Decius an, wo dieser bei Notwehrexcess animo occidendi, die poena ordin. eintreten lassen will, näml. Ph. Dec. C. unde vi l. ut vim. Cf. Bossius, de homicidio no. 91.

29) Hipp. de Marsiliis, Cons. 119, no. 4—7. Cf. auch Practica crim. § quoniam no. 90.

30) Cons. 119 no. 10 u. 11.

31) Cons. 137 no. 19 ff. u. Cons. 25 no. 21 ff. u. Pract. crim. a. a. O. no. 64 ff.

32) Cons. 68 no. 17.

33) Carerius, de homic. S. 216 no. 13 u. S. 368 no. 1 ff. S. 372 X. no. 1 ff. Iracundia u. justus dolor mildert die Strafe, ein dolor immensus schließt jede Schuld aus, da der Thäter nicht „in plenitudine intellectus“ ist. — Der ebrius und der „per libidinem accensus“ ist stets milder zu strafen. Ebrietas entschuldige nach Maßgabe von furor, „ad instar furoris“, starke völlig. cf. a. a. O. S. 328 III. no. 1 ff.

urteilt³⁴⁾, folgt er im Allgemeinen der Impetuslehre des Baldus. Anknüpfend an ein herzogliches Dekret für Mailand, nach welchem der Mord dann mit der Thäterstrafe belegt werden soll, „si talis animus fuerit deliberatus“, führt Bossius folgendes an. Ein „deliberate insultare“ liege dann vor, wenn die Handlung vorbedacht, „actus praemeditatus“, war, im Gegensatz zu einer Handlung „in rixa et impetu quodam“; in letzterem Falle könne keine beratende Überlegung, „consilium deliberandi“, stattfinden: „concitatus ex impetu animi non deliberat“³⁵⁾, denn: „deliberare est quaedam meditatio et quoddam intervallum ad actum“, und „si rixa intervenit, cessat deliberatio“. In der Regel sei bei Delikten nicht „animus deliberatus“ zu praesumieren. Der impetus sei nach richterlichem Ermessen milder zu strafen³⁶⁾.

Bei Julius Clarus ist die Lehre streng und konsequent durchgeführt. Er unterscheidet zwischen „dolus deliberatus“ und „non deliberatus“, dem entsprechend bei der Tötung: „homicidium deliberatum“ und „simplex“. Das homicidium simplex kann necessitate, casu, culpa und endlich dolo begangen werden. Das dolose homicidium simplex liegt vor, wenn jemand animo occidendi tötet, aber „non ex intervallo, sed in rixa vel calore iracundiae.“ Dagegen ist homicidium deliberatum vorhanden, wenn getötet wird: „proposito“, „ex insidiis“, „prodotorie“, „per assassinium“. „Ex proposito dicitur committi homicidium, quando quis aggreditur alium praevia animi deliberatione ex intervallo praecedente et illum interficit“³⁷⁾. — Über die „iracundia“ insbesondere sagt Clarus folgendes. Nach der Meinung mancher soll bei calor irae Strafflosigkeit, nach der der übrigen nur mildere Strafe eintreten, so z. B. auch bei Gotteslästerung. Clarus unterscheidet: „aut ira provenit ex justa causa“, dann tritt Strafmilderung ein, z. B. der Ehemann tötet die im Ehebruch

34) Bossius, de homicid. no. 60: „est difficile iram continere, quam miracula facere“. cf. no. 91.

35) a. a. O. no. 49 u. 50.

36) a. a. O. no. 51—59.

37) Clarus, Sent. lib. V. § homicid. no. 1, 6, 7, 8.

ertappte Frau; „aut vero non provenit ex justa causa, — tunc in nihilo excusat.“ Clarus meint, das sei communis opinio, was wohl nicht zutrifft. Er fügt hinzu: manche wollen auch sine justa causa den calor iracundiae dann entschuldigen, wenn nur „in verbis“ excediert wird³⁸⁾. Bei Clarus tritt der Gesichtspunkt deutlich hervor, daß der Affekt nur wegen seines gerechten Anlasses, nicht weil er den Dolus des Thäters mindere, milder zu strafen sei³⁹⁾. Als Fall mangelnder Überlegung bespricht Clarus die „vehementia amoris“. Er führt ein Urteil des Mailänder Senats vom Februar 1554 an, durch das ein gewisser Bapt. Gazoni, der gegen ein Mädchen, zu dem er in Liebe entbrannt war, einen „libellus famosus“ veröffentlicht hatte, freigesprochen wird, „tamquam quod ex nimia amoris vehementia non esset mentis suae compos.“ Clarus meint aber: die Freisprechung habe Gazoni doch wohl nur der Verzeihung der Beleidigten zu verdanken, denn diese im Urteil angeführte Entschuldigung durch „furor amoris“ habe jenen neapolitanischen Edelleuten garnichts genützt, die enthauptet wurden (also poena ordinaria), weil sie mit Leitern das Haus ihrer Geliebten zu ersteigen versucht hatten⁴⁰⁾. — Bei „ebrietas“ (wohl nur bei schwerer) scheint Clarus Culpa anzunehmen⁴¹⁾. Beim „homicidium in rixa commissum“ sei im Zweifel Mangel der „deliberatio“ anzunehmen und die Teilnehmer mit der poena extraordinaria zu strafen. Die herrschende Meinung wolle trotzdem den principalis auctor mit der poena ordinaria strafen. Nach der Praxis in Mailand geschehe das nicht: „apud nos non servatur“, nur selten werde „propter rixam“ die Todesstrafe verhängt⁴²⁾.

38) a. a. O. § practica crim. qu. 50. fol. 162.

39) cf. auch Cagnolus, de reg. jur. no. 9 u. 10. „Calor iracundiae non excusat in delictis, . . . poena mitiganda, quando ex justo dolore provenit.“ no. 11: Strafmilderung beim dolosen Notwehrexcess wegen justus dolor. no. 12: Bei injusta causa keine Strafmilderung. no. 13: bei calor iracundiae die actio injuriarum.

40) Clarus, a. a. O. fol. 162.

41) fol. 163. cf. auch justus dolor u. Provocation fol. 164.

42) Clarus, a. a. O. § homicid. fol. 27.

Am Ende des 16. Jahrhunderts ist der *impetus* als *Dolus* und die Unterscheidung von *dolus praemeditatus* und *non praemeditatus* allgemein anerkannt. Eine Meinungsverschiedenheit bestand nur darin, daß einige, wie *Clarus*, in Affektfällen nur bei *justa causa* die Strafmilderung eintreten lassen wollten, andere allgemein.

Decian sagt: wer nach vorhergehender Überlegung und nach durchdachtem Plan, „*praemeditata re et bene perpensa deliberatione praecedente*“, die That begeht, handelt stets *dolos*, „*sponte et ex proposito*“. Er kann aber auch ohne Überlegung *dolos* handeln, z. B. wenn er „*orta ex improviso rixa — volens*“ tötet⁴³⁾. Bei *ira vehemens* will *Decian* die Strafe mildern, jedoch nur bei gerechter Veranlassung des Zorns⁴⁴⁾.

Eine Verschiedenheit in der Beurteilung ergab sich aber ferner daraus, daß in den Statuten unter „*deliberatio*“ einesteils das Überlegen und Planschmieden vor der That, anderenteils die Überlegung bei der That, die überlegte Ausführung verstanden wurde. Einige zogen aus der gesetzlichen Bestimmung, daß die *poena ordinaria* nur bei überlegter Ausführung anwendbar sei, die Konsequenz, daß bei *actiones liberae in causa* stets Strafmilderung eintreten müsse, da die Ausführung der That doch jedenfalls nicht mit Überlegung geschehen sei.

Menochius behandelt auf Grund verschiedener Statutarrechte den Unterschied zwischen *animus deliberatus* und *impetus*. — Die Statuten von *Verona* und *Padua* fordern ausdrücklich, daß der Richter feststellen soll, ob „*sedate, pensate atque deliberate delictum perpetratum sit*“, oder nicht⁴⁵⁾. *Menochius* erklärt: der Ausdruck „*animus deliberatus*“ sei hier aber nicht im Sinne einer Überlegung vor

43) *Decian.*, IX. cap. 29 no. 3.

44) *Decian.*, VI. cap. 11 no. 9.

45) *Menochius*, de arbitr. jud. cas. 361 no. 3 f. no. 4: Das Statut von *Pavia* rubr. 34 schreibe vor: „*quod non formetur aliqua inquisitio de animo occidendi, nisi prius constituerit de qualitate, quod animus fuerit deliberatus occidendi*“.

der That aufzufassen, da auch dann diese immer noch ohne Überlegung vollbracht werden könne („in rixa evenire possit“), sondern im Sinne der Überlegung bei der That, was in Pavia durch Dekret ausdrücklich festgestellt worden sei⁴⁶⁾. Dagegen laute das Statut von Bergamo anders: „homicidium animo deliberato perpetratur, cum praecessit tractatus“; es verlange also eine vorhergehende „deliberatio plurium“. — Das Gegenteil von animus deliberatus liege dann vor, „cum calore iracundiae vel justo dolore aliove animi affectu quis sine cogitatione, sed impetu quodam ad delinquendum prorumpit“. Cicero spreche hier von einer „impulsio“⁴⁷⁾. Der animus deliberatus ist aber nicht nur ausgeschlossen, wenn das Delikt „in ipso actu rixae, vel in actu instantis justis doloris, alteriusve affectus animi“ begangen wird, sondern auch, wenn der Affekt, „impetuosus animi affectus“, „paulo ante praecessit“, weil die „causa impetus“ noch andauert („perdurat“), und daher eine ruhige Überlegung nicht angenommen werden kann⁴⁸⁾. In solchem Falle sind deshalb, nach Menochius, auch alle sonstigen erschwerenden Umstände und Qualifizierungsgründe nicht zu berücksichtigen, z. B. daß der Thäter seinen Gegner „per insidias“ getötet hat, weil er immer noch vom Affekt beherrscht erscheint und die Anwendung von insidia im Zorn nur für eine um so größere Erregung spricht⁴⁹⁾. — Wenn eine längere

46) a. a. O. no. 6: „hic enim animus deliberatus dicitur occidendi, cum in actu occidendi est, sed non dicitur animus deliberatus et ita cognitus et sedatus, antequam iret ad vulnerandum vel occidendum, cum in rixa evenire hoc possit; atque ita declaratum fuit Papiæ ex Decreto.“

47) a. a. O. no. 8 u. 9. cf. auch 11 ff. Cicero: „impulsio est, quae sine cogitatione per quandam affectionem animi facere aliquid hortatur, ut amor, iracundia, aegritudo, violentia et omnino omnia, in quibus animus ita videtur affectus fuisse, ut rem perspicere cum consilio et cura non potuerit et id, quod fecit, impetu quodam animi potius, quam cogitatione fecerit.“

48) no. 18. „... hoc casu adhuc non dicitur sedato animo, consulto et cogitate perpetratum delictum, quia adhuc perdurat illa causa impetus animi.“

49) ebenda: „Nec hoc in casu constituo ego differentiam, an iste, qui ira permotus est, per insidias et industrias deinde vulneret adversarium,

Zeit⁵⁰⁾ nach der Gemütsregung vergangen ist, delinquent der Thäter „*deliberato animo*“, „*quia non praesumitur eam ob causam motus, sed potius ex malo et perverso animo, et hoc casu proprie quis dicitur sedato et deliberato animo delinquere et (ut vulgo dicitur) «a sanguine freddo» vel «animo riposato»*“⁵¹⁾.

Die bedeutende Strafmilderung bei Affekt und die von Menochius vertretene Ansicht, daß der Affekt als wochenlang dauernd angenommen werden könne, wurde von den Advokaten sehr ausgenützt, indem sie jede That aus Rache als *impetu* begangen darstellten. In Sonderheit wurde für die ihre Hausehre durch Mord rächenden Ehemänner Milde beansprucht und ihnen, wie es scheint, auch gewährt. Hiergegen machte sich bald eine Opposition geltend, der Farinacius energisch das Wort redet.

Farinacius erklärt: „*Non est vera conclusio, quod occidens ex causa honoris seu defensionis seu cujuslibet provocationis ex intervallo excusatur a poena ordinaria*“. Sonst müßte man bei den meisten Tötungen die Strafe mildern: „*cum nullum fere fit homicidium, quod non habeat aliquam causam praecedentis injuriae, provocationis seu defensionis*“. Daß die Richter heutzutage die gehörnten Quaerelanten auszulachen pflegen, ist noch kein Grund, ihnen eigenmächtige Rachethaten nachzusehen, die sie nicht „*in flagranti*“, sondern bei späterer Gelegenheit, „*ex intervallo*“, vornehmen⁵²⁾. „*Ira ex justa causa*“ kommt nur dann als Milderungsgrund in Betracht, wenn der Thäter „*durante calore irae*“, nicht, wenn er „*ex intervallo et calore irae cessante*“ delinquent. In

vel occidat: quia semper dicitur moveri per iracundiam et justum dolorem, imo praesumitur major concitatio mentis, postea quam ad sumendam vindictam et insidias adhibuit.“ cf. auch no. 19: Durch justus dolor werden alle Qualifizierungsgründe aufgehoben.

50) Über die Zeitdauer des Affekts seien die Meinungen verschieden. Die Mailänder Senatspraxis nahm als Grenze 30 Tage an. Menochius will eine bestimmte Zeitgrenze nicht anerkennen, wie auch das Gesetz keine kenne. a. a. O. no. 20 u. 21.

51) no. 22.

52) Farinacius, Cons. II 141 no. 26—28.

letzterem Falle fordert Farinacius gegen die herrschende Meinung die poena ordinaria, weil praemeditatio vorliege⁵³). Ebenso sagt er vom „amore captus“: sein Affekt wird berücksichtigt, wenn er „ex subito et improvise ipsius amoris impetu“ handelt, nicht aber dann, wenn er „impetu et furore cessante“ nur „ex causa amoris aliquod praemeditatum committit: tunc enim nullatenus videtur excusandus“⁵⁴). Der impetus muß also zur Zeit der That vorhanden sein, und danach ist das „homicidium simplex non deliberatum aut praemeditatum“, „quando in rixa et impetu irae committitur“ vom „deliberatum, praemeditatum, seu . . . ex proposito resolutum in mente occidentis ex intervallo ante commissum homicidium“ zu unterscheiden. In einem Falle handelt der Thäter „a sanguine calido“, im anderen „a sanguine freddo“⁵⁵). — Infolge seines Charakters als Kompilator zeigen sich bei Farinacius oft Widersprüche. So scheint er an anderer Stelle das Delikt eines „provocatus“ ganz anders zu beurteilen. Er nimmt hier als Regel Culpa an. Nach der Meinung einiger Doktoren, sagt er, delinquent der provocatus „dolose et ex proposito“, wenn auch nicht „appensate“. Für die Strafmilderung bei solchem Dolus führt er dabei nur die Erklärung an, daß der Dolus des Provozierten „causatus a deteriori dolo provocantis“ ist⁵⁶). Bei der „ebrietas“ zeigt Farinacius wieder eine ganz kanonistische Auffassung, indem er den ebrius für unzurechnungsfähig erklärt⁵⁷).

53) a. a. O. no. 1 ff., no. 8 u. 12 ff., no. 26.

54) Farinac., de poen. temper. qu. 88 uo. 77 ff., insb. no. 91.

55) de homic. qu. 126 no. 6 ff. cf. no. 53: „praemeditatum“ ist gleich „appensatum“. — „Appensamentum aliud non est, quam firma et deliberata animi intentio interficiendi“.

56) de poen. temper. qu. 91 no. 7 u. 8. — Auch will er hier iracundia nur bei justa causa milder strafen. cf. no. 1 u. 4.

57) a. a. O. qu. 93 no. 1—4. cf. oben § 2 II, 4.

Drittes Kapitel.

Der *dolus praesumptus* und die *culpa dolo proxima*.

§ 16.

I. Die Bedeutung der *praesumptio doli* und des *dolus praesumptus* im Allgemeinen.

Die Untersuchung der Lehre von der „*praesumptio doli*“ ist für die Erkenntnis der Schuldbegriffe und ihrer Entwicklung in der italienischen Doktrin deshalb von Wichtigkeit, weil durch die Präsumtion des Dolus, namentlich durch die von den Italienern anerkannte gesetzliche Präsumtion, nicht nur Fälle zum Dolus gerechnet werden, in denen die schwierige Beweisfrage die Zurechnung in Frage stellen könnte, sondern auch solche, bei denen die Zurechnung zum Dolus deshalb auf Schwierigkeit stoßen muß, weil sie eben dem angenommenen Dolusbegriff ihrem Wesen nach überhaupt nicht subsumierbar sind. In solchen weder dem zu engen Dolusbegriff, noch dem Culpabegriff subsumierbaren Fällen bedeutet die Präsumtion nicht nur Umgehung der Beweisfrage, sondern auch Umgehung klarer Begriffsbestimmung. Der *dolus praesumptus* ist dann nicht bloß ein formeller Dolus, sondern er begreift zugleich auch eine besondere materielle Schuldart in sich, die als solche vom Gesetzgeber nicht legitimiert ist: als Dolus ist sie nicht an-

erkannt, sonst brauchte keine Präsumtion einzutreten, als Culpa ist sie nicht anerkannt, sonst könnte keine Präsumtion eintreten.

Da die Glossatoren und Postglossatoren in den römischen Quellen einerseits den prozessualischen Grundsatz der *praesumptio doli* beim Vorliegen einiger Indizien für Dolus begründet glaubten, andererseits in den Quellen gesetzliche Doluspräsumtionen aufgestellt fanden, die sich nicht nur aus bloßen Beweisschwierigkeiten erklärten, (wie z. B. in vielen Sätzen über die *culpa dolo proxima*), mußten sie sich bewußt werden, daß der *dolus praesumptus* eine andere Bedeutung hat, je nachdem man damit die nur beweisschwierigen Fälle, oder die zugleich begriffsschwierigen bezeichnet. Es machte sich das Bedürfnis geltend, diese Fälle zu unterscheiden. Die Bezeichnung „*dolus praesumptus*“ mußte für jeden der Fälle als zutreffend anerkannt werden. Denn daß die gesetzliche Doluspräsumtion einen *dolus praesumptus* begründet, konnten natürlich auch diejenigen nicht leugnen, die in den Präsumtionsfällen eine besondere Schuldart erkannten, sei es eine besondere Dolusart, oder eine Art der Culpa, oder endlich eine zwischen beiden stehende Schuldart. Sie wußten daher den Unterschied nicht anders zu bezeichnen, als indem sie von einem formellen *dolus praesumptus*, „*dolus respectu probationis*“, und einem essentiellen *dolus praesumptus*, „*dolus ratione essentiae*“ sprachen. Diese zuerst von Baldus gemachte Unterscheidung wurde von den wenigsten verstanden. Das führte dann zu den größten Meinungsverschiedenheiten darüber, was „*dolus praesumptus*“ bedeute. Die einen nannten so jeden durch Indizen, *ex re*, bewiesenen¹⁾, die anderen bloß

1) So Petrus de Bellapertica, der sagt: jeder Dolus sei ein *praesumptus*, weil aus äußeren Umständen erkannt. cf. *Lect. s. Instit. de obligat. ex quasi delicto*. — Manche identifizieren „*praesumptio*“ und Indiz oder Indizienbeweis. cf. Bonif. de Vitalinis: „*Praesumptio est argumentum ad credendum aliquid factum esse surgens ex praesumptionibus alterius. Vel praesumptio est alicujus facti dubii aliquando plena, aliquando semiplena probatio*“. — Unter den Kanonisten war diese Vermischung beider Ausdrücke allgemein. cf. Porsch, *Bedeut. d. Beweises durch In-*

den ex re „praesumtive“ bewiesenen, noch andere nur den gesetzlich präsumierten Dolus, manche endlich auch eine materielle Schuldart, (um diese kurz zn bezeichnen:) den dolus praesumptus essentialis. Decian sagt daher von seinen Vorgängern: „neque tamen certam tradunt doctrinam aut exemplum veri et praesumpti doli“, und fügt hinzu, die ganze Unterscheidung sei „ab interpretibus conficta“ und „in toto Corpore juris“ nicht zu finden²⁾. Farinacius aber ermahnt den Leser sich alle diese Auffassungen gut zu merken, damit er den Sinn der Lehren der Doktoren verstehen könne³⁾.

Nach dem Ausgeführten darf man also den Postglossatoren keineswegs den Vorwurf machen, sie hätten in konfuser Weise den dolus praesumptus als materielle Schuldart behandelt, denn wo sie das thun, meinen sie nicht den dolus praesumptus als solchen, sondern nur die so bezeichneten, weil vom Gesetz dazu gemachten, besonderen Fälle, deren genaue Begriffsbestimmung durch die gesetzliche Präsumtion abgeschnitten ist, und die dadurch auch um den ihren Begriff bezeichnenden Namen gekommen sind.

Es ist daher zu unterscheiden:

1. der Dolus praesumptus, sofern er lediglich ein formeller prozessualisch durch Präsumtion festgestellter Dolus ist: der „dolus praesumtive probatus“ im Gegensatz zum „dolus vere probatus“; — und

2. der Dolus praesumptus, sofern er als gesetzlich präsumierter Dolus sich auch begrifflich vom eigentlichen Dolus unterscheidet: der „dolus praesumptus essentialis“ im Gegensatz zum „dolus verus essentialis“ (dolus malus).

dizien im kirchl. Gerichtsverfahren S. 9 u. 135. — cf. auch Caepola, Cons. 31, der als „praesumptiones“ eine Reihe Indizien anführt.

2) Decian. I cap. 3 no. 15.

3) Farinacius, de poen. temp. qu. 88 vo. 24.

II. Der formelle dolus praesumptus.

§ 17.

1. Die praesumptio doli in der italienischen Doktrin.

Die Glossatoren schon haben den Grundsatz aufgestellt, daß unter gewissen Bedingungen der Dolus zu präsumieren sei, und glaubten ihn in den römischen Quellen begründet. Für diese Annahme bietet sich in der That eine Reihe von Anhaltspunkten. Die Gesetzmäßigkeit der praesumptio doli gründeten die italienischen Juristen hauptsächlich auf die in den Quellen häufig vorkommenden Hinweise, daß der Dolus ex re bewiesen werden könne und solle. Sie stellten die Indizienbeispiele für Dolus als gesetzlich festgestellte Dolusfälle dar und machten aus der Beweisvorschrift eine Anweisung, den Dolus zu vermuten, die erst dann hinfällig sein sollte, wenn durch das Vorliegen anderer Umstände und Thatsachen, also von Gegenindizien, die Subsumtion unter das gesetzliche Musterbeispiel nicht möglich erschien. Den Satz, daß der Dolus „ex indiciis perspicuis et ad probationem indubitatis et luce clarioribus“ bewiesen werden müsse, verleugneten sie keineswegs, denn die vom Gesetze sanktionierten Indizien waren ihnen eben über jeden Zweifel erhaben, und was konnte klarer sein als das ausdrückliche Gebot des Gesetzes. Der Grund der Präsumtion des Dolus war die mangelhafte Ausbildung des Beweisrechtes, aber auch die Unzulänglichkeit des theoretischen Denkens durch feste Begriffsbestimmung der Schuldarten und genaue Abgrenzung der Deliktsthatbestände aller Schwierigkeiten des konkreten Falles Herr zu werden. Daß es überhaupt eine Grenze theoretischer Erkenntnis praktischer Fragen giebt, deren Lösung zuletzt quaestio facti ist, empfanden die römischen und italienischen Juristen eben in größerem Mafse, als die heutigen Gelehrten, weil sie Kinder einer früheren Zeit, aber auch weil sie viel mehr Praktiker waren und der Praxis dienten, die sicheren Boden und bequeme Handhaben verlangt. — Der Zweck der Doluspräsumtion war aber, dem Richter über Beweisschwierigkeiten hinwegzuhelfen und dadurch in der Praxis

die Bestrafung aller konkreten Dolusfälle als solcher zu sichern. —

Die praesumptio doli im Sinn einer Vermutung der Willensrichtung des Thäters auf den verursachten rechtswidrigen Erfolg galt nach der herrschenden Meinung nicht als Generalpräsumtion, sodaß bei jedem Delikt von vorn herein bis auf Weiteres Dolus angenommen wurde. Es mußte vielmehr immer ein besonderes Indiz für den Dolus vorliegen. Freilich drückt sich Azo viel allgemeiner aus, indem er sagt: der Dolus wird präsumiert, wenn jemand „facit, quod scit seu scire debet, se facere non debere“, oder wenn er unterläßt, „quod scit seu scire debet, se facere debere“¹⁾. Dieses wäre in der That eine allgemeine Doluspräsumtion. Dasselbe scheint Dinus in der reg. 13 auszudrücken, wenn er sagt: „dolus ex qualitate facti est, ubicunque quis facit, quod scit vel scire debet se facere non debere“²⁾. — Auf diese beiden Stellen gründet Albericus seinen allgemein gefaßten Satz: „in delictis praesumitur dolus“³⁾, und „dolus semper praesumitur in maleficiis; quod verum est, nisi fiat in ludo vel nisi contrarium probetur“⁴⁾. Er weist dabei die Ansicht des Pillius zurück, der die allgemeine Zulässigkeit der Präsumtion leugne, dabei aber zwanzig Ausnahmefälle anführe. Aber einerseits kann Albericus der Meinung des Pillius nur entgegenhalten, daß die vielen Ausnahmen die praesumptio doli unter gewissen Umständen beweisen, und dann fügt er auch selbst bei seinem erstgenannten Ausspruch hinzu: „lex concedit praesumptionem doli ex perspicuis indiciis et praesumptionibus, . . . non ex frivolis vel injustis“. In seinem Werke „super Statutis“ aber sagt Albericus, daß keine Verurteilung auf vage Präsumtionem hin möglich sei. Wo das Gesetz vom Indizienbeweise rede, verlange es indicia indubitata und die anderslautenden Gesetze bezögen sich entweder auf

1) Azo in Brocardis, de doli considerat. rub. dolum praes. citiert bei Albericus de Ros. I C. de dolo l. dolum no. 2.

2) Dinus, Com. i. reg. jur. 13 (ignorantia) no. 15.

3) Albericus I C. de dolo, l. dolum no. 3.

4) Alb. II C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 3.

Civilhaftung oder Geldstrafe⁵⁾). Auch bei anderen finden sich vereinzelte Sätze, die eine Generalpräsumtion andeuten. So sagt Gandinus: „ ex quo constat aliquem alium vulnerasse vel occidisse, vel alias homicidium commisisse, quod semper contra eum praesumitur, quod dolo et malo animo hoc commiserit, ... unde ei incumbit onus probandi, quod non dolo hoc fecerit“⁶⁾. — Ganz konsequent scheint diese Meinung aber nur Cinus zu vertreten. Er bemerkt zur l. Cornelia de sic.: „qui negat se animo occidendi fecisse, probare debet“; sonst habe der Kläger die Beweislast, doch nur, „nisi actoris intentio sit fundata per rei evidentiam, sicut in hac lege. Nam ubicunque quis facit, quod facere non debet, dolus praesumitur. Et ideo ipso facto actoris intentio est notoria, et sic ex parte sua probatione non eget“⁷⁾. Auch Tartagnus spricht sich einmal für eine Doluspräsumtion bei jeder an sich unerlaubten Handlung aus: „quando quis explicat actum de se illicitum, consistentem in faciendo, tunc censetur esse in eo dolo manifeste“⁸⁾.

Nach der herrschenden Meinung findet eine Präsumtion des Dolus nur aus bestimmten Gründen statt, wenn nämlich Indizien vorliegen, die den bösen Willen wahrscheinlich machen. Allerdings sah man einen genügenden Präsumtionsgrund schon in der „atrocitas facti“, die ein sehr dehnbarer Begriff ist. Bei den Meisten ist aber unter „atrocitas facti“ mehr die schlimme Art der Handlung, nicht notwendig der schwere Erfolg zu verstehen, sodaß sie nicht bei jeder Tötung vorliegt, aber schon bei einfacher Injurie vorhanden sein kann. Die atrocitas facti ist ein Indiz für das Bewußtsein des Thäters von der kausalen Natur seiner Handlung, z. B. das Schlagen mit gefährlicher Waffe, die große Anzahl

5) Alberic. s. Stat. III qu. 61.

6) Gandinus, de homic. no. 27 u. 28.

7) Cinus, IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 1. — cf. auch ebenda l. is qui cum telo no. 2: „Iste animus probabitur ex ipso actu et facti atrocitate, quia extrinsecus actus probat intrinsecum animum. Dicit glossa: voluntas facto datur intelligi“.

8) Al. Tartagnus, Cons. I. 103, no. 13.

schwerer Wunden, die brutale Art der Züchtigung. — Wohl in diesem Sinne ist auszulegen, was Dinus sagt: die Regel „in obscuris minimum est sequendum“ habe nicht statt, wenn das Delikt und die qualitas delicti feststehe, der animus des Thäters aber nicht, „quia atrocitas facti amovet praesumptionem animi non praesumendi“⁹⁾. — In demselben Sinne spricht Gandinus von Dolusindizien „propter evidentiam et qualitatem facti“¹⁰⁾. Als Präsumtionsgrund des Dolus beim falsum führt er an: wenn jemand im Prozeß eine falsche Urkunde oder falsche Zeugen produziert, so wird bei „personis suspectis“ der Dolus „ex mala ejus vita praeterita“ präsumiert, sonst nicht¹¹⁾. — Bartolus und Baldus führen dieselben Präsumtionsgründe an. Manchmal erscheint die Präsumtion generalisiert, doch wird diese Generalisierung wieder eingeschränkt durch die Fälle, wo Gegenindizien vorliegen. So sagt Bartolus: „praesumitur animus occidendi percutiendo alterum, nisi de contrario probetur. . . . probatur, si percutiat cum hasta, cum poterat percutere cum ferro“¹²⁾. Baldus scheint in seinen Consilien einmal allerdings die allgemeine praesumptio doli bei unerlaubten Handlungen zu vertreten: „quaedam [facta] sunt, quae non vergunt in alterius detrimentum et in his non praesumitur dolus Quaedam sunt, quae vergunt in alterius detrimentum et sunt prohibita, et in istis praesumitur dolus“¹³⁾. Er entnimmt dieses aber dem

9) Dinus, a. a. O. reg. 30, no. 18 u. r. 49 no. 5.

10) Gandinus, de praesumptionib. et indic. indub. no. 8. cf. oben § 7 S. 50.

11) Gandin. de falsar. nach der ält. Ausg. Mediol. 1504: col. 3 fol. 31.

12) Bartol. tract. praesumptionum. fol. 156 no. 6. cf. fol. 159 no. 7 u. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. 1. — Baldus, IX. C. ebenda „atrocitas facti“. cf. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus u. D. v. ad l. Aquil. l. injur. § si magister, wo Baldus sagt: bei Excess des Lehrers bei einer Züchtigung wird nicht Dolus präsumiert, „nisi ex genere instrumenti praesumitur animus.“ — cf. ferner: Angelus de Ub. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus. — P. Castrensis Cons. I. 255 no. 5. — Bonif. de Vitalinis, super malefic. rub. de praesumpt. no. 1 ff. — Franc. Aretin. Cons. 146 no. 10 (Gegenindizien).

13) Baldus, Cons. III, 155.

Cinus, der den von Baldus behandelten Fall der Fälschung bespricht¹⁴⁾. — Salicetus sagt: „*dolus praesumitur ex atrocitate facti, et est ratio secundum Jacob. Butrigarium, quia aliter oporteret, quod praesumeremus fatuitatem vel furorem in hominem Et haec in his, quae sunt de genere prohibitorum. In his vero, quae sunt de genere permissorum, si in specie illata prohibita, dolus praesumitur, si fiant clam non palam*“¹⁵⁾. Hier kann Salicet unter atrocitas facti nur eine solche Art der Handlung, oder die Handlung unter solchen Umständen meinen, daß der Thäter notwendig sowohl das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, als der kausalen Tragweite seiner Handlung gehabt haben muß.

In der Folgezeit wurde die Präsumtionslehre mehr und mehr verflacht und immer formalistischer ausgebildet¹⁶⁾. Ihre weitere Verfolgung hat für die Schuldlehre keinen Zweck. —

Eine Doluspräsumtion liegt auch in der Präsumtion des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit in Fällen, wo sonst alle Elemente des Dolus feststehn, der Thäter sich aber auf ignorantia oder error juris beruft und diese Angabe unglaubwürdig erscheint, z. B., wenn es sich um jus notorium, insbesondere um jus naturale oder gentium, handelt¹⁷⁾.

14) Cinus, C. de fals. l. nec ex.

15) Salicet. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 3.

16) In formalistischer Weise wurden Indizien und Gegenindizien einander entgegengestellt. So unterscheidet M. Ant. Blancus eine ganze Reihe Waffengattungen, deren Gebrauch bald für, bald gegen Dolus indizieren soll, ferner eine Menge Verwundungsarten nach den verletzten Körperteilen und der Art der Zufügung. Dabei ist „indicium“, „idem quod semiplena probatio“. cf. Blancus, de indiciis no. 83 f., 188 f., 195. cf. no. 248. Abgedr. bei Ziletti, volumen tractatum. fol. 366 f. cf. auch Franc. Casonus, tract. III, cap. 8. — Menochius, de praesumpt. Bei ihm zeigt sich die Generalisierung insofern, als er Dolus präsumiert bei dem, der „grave aliquod perpetravit delictum.“ V. praes. 3 no. 45. — Cels. Bargalius, de dolo II. cap. 4 no. 19. — Farinacius, Cons. II. 138 no. 7 ff. u. de homicid. qu. 126, III. no. 103 ff.

17) Darüber oben § 6.

§ 18.

2. Der dolus praesumptus und der dolus verus.

Der auf Grund einzelner Indizien vermutete Dolus wird als „dolus praesumptus“ oder „praesumptive probatus“ dem „dolus verus“ oder „vere probatus“, „manifestus“ gegenübergestellt. Der dolus praesumptus ist nicht vollbewiesener Dolus, er wird nur bis zum Beweise des Gegenteils als Dolus betrachtet. — Bartolus führt gegen Petrus de Bellaper-tica, der jeden Dolus als „praesumptus“, weil ex re probatus, bezeichnet, aus: „Quaedam sunt indicia manifesta, et illa probata inducunt dolum manifestum. Quaedam sunt indicia seu praesumptiones non ita manifestae, nec omnino dolum concludunt, et ita de necessitate non inducunt dolum, sed praesumptive“¹⁾. — Decian sagt: „Doctrinae gratia dici potest verum dolum esse illum, qui non nisi in malam partem interpretari potest, nullaue ratione aut praetextu tergiversari potest reus aut se excusare . . . Praesumptus autem dolus est, cum ejus quidem conjecturae exstant, sed non tam vehementes, quae judicem in certam credulitatem inducant, ut non possit in bonam etiam partem interpretari“²⁾. — Richtig meint Menochius: nicht die Art des Beweises unterscheide dolus verus und praesumptus, sondern die Kraft des Beweises und der sich daraus ergebende Effekt³⁾.

Die Unterscheidung hat aber eine große praktische Bedeutung, weil der dolus praesumptus mit geringerer Strafe belegt wurde, als der dolus verus. Die poena ordinaria, insbesondere die Todesstrafe, ist bei bloß präsu-

1) Bartol. II. D. v. depos. l. quod Nerva no. 14. Der dolus praesumptus ist daher: „machinatio ad decipiendum fallendumque alterum adhibita praesumptive“ (no. 13). — Ebenso Al. Tartagnus, Cons. I, 103, no. 13. — Farinacius, de poen. temper. qu. 88 no. 4 ff. Über Baldus u. P. Castrensis cf. unten § 22.

2) Decian I. cap. 3 de dolo no. 14—16.

3) Menochius, de praesumpt. V praes. 3 no. 9. „Verius existimo dolum sive verum sive praesumptum probari semper praesumptionibus et conjecturis, quae aliquando sunt a lege probatae, aliquando vero in ea non scriptae. Differt dolus verus a praesumpto effectu.“

miertem *Dolus* nicht anwendbar. Erst unter den Postglossatoren scheint dies allgemein anerkannter Grundsatz geworden zu sein⁴⁾, und zwar seit Bartolus. Als Gegner dieser Meinung wird noch Anto[nius de Butrio] († 1408) zitiert, dafür schon Jo[hann Blanosco]⁵⁾.

Bartolus erklärt die „*differentia in effectu inter verum dolum et praesumptum*“ folgendermaßen: „*Quia in causis criminalibus requiruntur luce meridiana clariores probationes, ille talis dolus non sufficit, quia non debet quis ex praesumptionibus damnari, nisi forte hoc exprimeretur in iure ex aliqua causa*“⁶⁾. — Ebenso verwirft sein Zeitgenosse Albericus de Rosato Verurteilungen auf Grund von Präsumtionen, insbesondere die Verhängung der Todesstrafe, denn „*sanctius est nocentem absolvere, quam innocentem condemnare*“⁷⁾.

Auch Baldus stellt als Grundsatz auf: „*mitiganda est sententia, ubi iudex procedit ex praesumptionibus*“⁸⁾. — Alexander Tartagnus erklärt: auch bei schwerwiegenden Indizien dürfe der Richter nicht leichtsinnig die Todesstrafe verhängen, sondern bei Urteilen auf Grund von Präsumtionen nur auf Geldstrafen oder gemilderte Strafe erkennen. Er zitiert dabei Innocenz, Hostiensis und Gandinus⁹⁾. Ihm

4) Doch sagt schon Azo hinsichtlich der „*violentia*“, daß die civilrechtliche Verurteilung noch nicht für die kriminelle Strafe maßgebend sei, mit der Begründung: „*non enim sufficiunt illae probationes: imo clariores in criminalibus, quam civilibus exiguntur*“. Azo, Com. IX. C. ad l. Jul. de vi, l. 7, no. 3 u. 4.

5) Zitiert in der Note zu Bartolus, II. D. v. depos. l. quod Nerva, no. 15.

6) Bartol. a. a. O. no. 15.

7) Albericus, sup. Statut. III. qu. 61. — „*. . . Ad jura in contraria allegata potest responderi, quod loquuntur in civilibus vel poenis pecuniariis, non in poena mortis*“. cf. auch IX. C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 6, wo er sich auf Cinus beruft.

8) Baldus, Cons. III. 364, no. 6. Ebenso VI. C. de serv. fugit. l. 3 si fugitivi no. 5: „*. . . moderanda est poena, quia judicatur ex praesumptione*“.

9) Al. Tartagnus, Cons. VII, 2 no. 1 u. 2. „*Ubi agitur de poena ultimi supplicii, in tantum oportet probationes esse lucidissimas . . . non sufficiens est probatum per praesumptiones juris vel indicia etiam vehementia,*

folgen Jason de Mayno und Phil. Decius¹⁰⁾. — Franciscus de Accoltis meint: daß bei Präsumtion des Dolus stets eine Strafmilderung eintreten müsse, sei so wahr, wie das Evangelium, weil ja schon bei wirklichem Dolus, wenn er ein „minor dolus“ ist (wie der impetus), die Strafe gemildert werde¹¹⁾. — Ebenso eifrig tritt Hippolyt de Marsiliis für die Strafmilderung ein. Nie dürfe die poena ordinaria verhängt werden, auch nicht bei „praesumptiones vehementes“ und „indicia indubitata“. „Quando sumus in aliquo casu, in quo quis potest damnari ex praesumptionibus, tamen tali casu nunquam reo potest imponi vera poena delicti“¹²⁾. — Franciscus Casonus machte diese Frage zum Gegenstand einer kleinen Abhandlung: „Ne reus per aliqua indicia convincatur, ut poena capitali damnetur“, in der er die herrschende Meinung energisch vertritt und darauf hinweist, daß „indiciu indubitatum“ ein ganz relativer Begriff sei¹³⁾.

Nach dieser lebhaften Erörterung der Frage zu schließen, hat offenbar die Praxis den Grundsatz der Strafmilderung

quia vigore praesumptionis etiam violentae non debet iudex esse facilis ad condemnationem non debet condemnari in poena corporali, sed pecuniaria et modica“.

10) Jason, Cons. I. 111 no. 4 u. Ph. Decius, Cons. 678 no. 8 u. 9.

11) Francisc. de Aret. Cons. 80 no. 7. „Dato quod esset probatus dolus praesumptus et animus occidendi, tamen quia ista praesumptio habet multa adversativa, saltem erit sufficiens ad poenam diminuendam, et ita est hoc verum sicut evangelium. Et ita iudicarem. Nam sicut aliquando iudex mitigat poenam statutam a lege etiam in doloso, quia fuit minor dolus, ... ita et aliquando minus evidenter probatur dolus“.

12) Hipp. de Marsil. Cons. 96 no. 11. cf. no. 9 u. 10. Ebenso Cons. 132 no. 3, 23 u. 24. no. 24: „Iudex, quando contra aliquem procedit ex praesumptionibus, debet multum moderare sententiam et non condemnare ad poenam corporalem“.

13) Fr. Casonus, tract. IX. „Ne reus etc.“ no. 1—3: „. quia nemo debet ex praesumptionibus condemnari, sed ex probationibus luce clarioribus, cum de hominis vita agatur. Et alia ratio est in promptu: quia indicia, quae scriptores indubitata appellant, non sunt adeo indubitata, quin adversus ea possit probari.“ — cf. auch Decian, I. cap. 3. de dolo no. 17. Er erklärt ausdrücklich: der praktische Unterschied sei: „dolus verus gravius punitur, quam praesumptus.“

bei präsumiertem Dolus nicht allgemein anerkennen wollen. Die Richter beriefen sich wohl auf die von Gandinus aufgebrachte Unterscheidung von „*indicia indubitata*“ und „*dubitata*“, und wollten bei unzweifelhaften Präsumtionen die *poena ordinaria* verhängen.

Der Grundsatz der Strafmilderung bezieht sich auf jeden *dolus praesumptus*, mag nun die bewusste Kausalität des Willens oder das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit präsumiert sein, und mag es sich um eine prozessualische Präsumtion, „*praesumptio hominis*“, oder um eine gesetzliche, „*praesumptio juris*“, handeln.

Diese Thatsache der Strafmilderung war für die Entwicklung der Doluslehre in zweifacher Beziehung von Bedeutung. Einmal mußte sie einer genauen Abgrenzung der Dolusfälle von der Culpa hinderlich sein. Denn weil es zur Verurteilung und zwar mit minder harter Strafe kommen konnte, obgleich der strikte Beweis des Dolus nicht erbracht war, so gab man sich nicht Rechenschaft darüber, warum der volle Beweis nicht zu erbringen ist. Die Fragen, ob nur der zufällige Mangel an thatsächlichen Anhaltspunkten der Grund sei, oder ob der Beweis vielleicht deshalb nicht vollkommen gelinge, weil eben gar kein Dolus vorliegt, sondern bloß äußere Umstände den Verdacht des Dolus erwecken, oder weil vielleicht eine Schuldart vorliegt, die dem überlieferten (zu engen) Dolusbegriff nicht subsumiert werden kann, ohne aber dem hergebrachten Culpabegriff zu entsprechen? — all diese Fragen wurden durch die Präsumtion und das Sicherungsmittel der milderen Strafbarkeit abgeschnitten, oder wenigstens aus dem praktischen Interesse verdrängt. Zu ihnen gehörte die Frage nach dem Wesen der „*culpa dolo proxima*“ der römischen Quellen. — Zweitens aber mußte die geringere Strafbarkeit des *dolus praesumptus* zur Erweiterung des Dolusbegriffes drängen, nämlich zum Versuch wenigstens in besonders wichtigen Fällen auf irgend eine Weise, trotz der Beweisschwierigkeiten, die Subsumtion unter den Dolusbegriff

vorzunehmen und zu rechtfertigen, um die Präsumtion mit ihrer Folge zu umgehen¹⁴⁾).

III. Die „culpa dolo proxima“ als dolus praesumtus.

§ 19.

1. Die culpa lata der Quellen als gesetzlicher dolus praesumtus.

Die gesetzliche Gleichstellung der culpa lata, der magna oder nimia negligentia mit dem Dolus in den römischen Quellen bei gewissen Verpflichtungsverhältnissen, insbesondere bei der Verletzung der diligentia quam suis rebus oder besonderer Vertrauens- oder Amtspflichten, legt den Gedanken nahe, daß hiermit eine Beweisvorschrift gegeben werde, nämlich die Anweisung in diesen Fällen den Dolus zu vermuten, weil unter den gegebenen Umständen eine bloße Fahrlässigkeit nicht glaubwürdig ist, vielmehr Dolus stark indiziert erscheint. Ein großer Teil der Postglossatoren hat diese Ansicht vertreten. Und diese Meinung erscheint in der That am richtigsten den Standpunkt der römischen Quellen wiederzugeben, denn es entspricht durchaus der Gewohnheit der römischen Juristen in Fällen, wo ihr theoretisches Denken nicht ausreicht, die Frage durch praktische Beweisvorschrift zu entscheiden.

Die Fälle der sog. culpa lata in den römischen Quellen sind solcher Art, daß es schwierig ist festzustellen, ob Dolus oder Culpa vorliege. Für die römischen Juristen und Gesetzgeber hatte diese Schwierigkeit einen doppelten Grund. Sie halfen sich aber beiden gegenüber durch das gleiche Mittel: durch Präsumtionsvorschrift, resp. Andeutung einer solchen.

1) In einer Reihe von Fällen mangelt es an genügenden Beweisthatsachen für den dolus malus. Die Berufung auf culpa und negligentia erscheint unglaubwürdig, weil die Nachlässigkeit allzu groß wäre. Da ihr Mangel aber nicht strikt nachgewiesen werden kann, wird Dolus präsumiert.

14) cf. oben § 7 u. ff.

2) In anderen Fällen liegen die Thatfachen klar, die Subsumtion unter den engen Begriff des *dolus malus* aber macht Schwierigkeiten. Es sind die Fälle, wo Vorsatz vorliegt oder vorliegen kann, aber nicht der „*dolus malus*“ der Römer. Böswillige bewußt rechtswidrige Absicht zu schaden oder zu täuschen konnten die Römer hier nicht erkennen, sie sahen aber ein, daß auch *Culpa* nicht angenommen werden könne, wo klare Indizien für bewußt rechtswidrigen Willen vorlagen. Daher verzichteten sie hier, wie oft in schwierigen Fragen, auf theoretische Erkenntnis und griffen auch hier zur praktischen Beweisvorschrift, ohne eine Begriffsbestimmung und Begriffsunterscheidung in diesen merkwürdigen Fällen zu versuchen. Sie machten aber die Entscheidung nicht nur zur *quaestio facti*, sondern stellten eine Präsumtion für *Dolus* auf, indem sie den Richter anwiesen, in Fällen, wo ihm die *Culpa*, die Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit, Trägheit und Unwissenheit allzu groß erscheine, sodaß die That den Anschein dolosen Handelns habe („*culpa dolo proxima*“), den *Dolus* zu präsumieren bis zum Beweise des Gegenteils, daß in der That trotz der Unglaublichkeit nur *Culpa* vorliege. Der Satz „*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere, quod omnes intelligunt*“ ist gerade mit Bezug auf jene Quellenstellen unter die Worterklärungen gesetzt worden und bedeutet: *lata culpa* ist die unglaubwürdig erscheinende *Culpa*; denn das Nichtwissen und Nichteinsehn dessen, was alle einsehn, erscheint nicht glaubwürdig. Wenn die Kodifikatoren nicht Kompilatoren gewesen wären, hätten sie, statt durch dieses Fragment des Ulpian, die *lata culpa* einfach als „die unglaubwürdige *Culpa*“ erklärt. Während in Civilrechtsfällen die Präsumtion allgemein stattfinden sollte und in der Hauptsache die völlige Gleichbehandlung des Falles mit *Dolus*-fällen zur Folge hatte, wird in der Regel bei schweren Kriminalfällen eine solche Präsumtion nicht aufgestellt, der Richter auch oft ausdrücklich angewiesen auch bei unglaubwürdig scheinender *Culpa* nicht die gesetzliche *poena ordinaria* zu verhängen: z. B. in der *l. Cornelia de sic.*: „*neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.*“

Einen besonderen von der Culpa 'unterschiedenen Begriff verbanden also die römischen Juristen mit der „culpa lata“ nicht. Denn auch in den Fällen, wo sie die Doluspräsumtion wegen Nicht-Subsumierbarkeit des Thatbestandes unter den Begriff des dolus malus eintreten ließen, verfolgten sie nur den Zweck alle wirklichen Dolusfälle, d. h. Fälle des „dolus malus“, zur Anerkennung als solche zu bringen. Wenn sie mit culpa lata einen bestimmten Schuldbegriff verbunden hätten, würden sie nicht den Richter bei der lex Cornelia anweisen, hier die lata culpa nicht als dolus malus, d. h. hier animus occidendi, zu behandeln. Dieses aber beweist, daß sie unter culpa lata bei Tötung eine den animus occidendi, also den dolus malus indizierende, weil verdächtig große Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit u. s. w. verstanden, die aber bei schweren Verbrechen nicht als Präsumtionsgrund ausreichen sollte. Tatsächlich aber mußte bei der Enge des Dolusbegriffs eine ganze Klasse gleichartiger Fälle, die zwar nicht unter den dolus malus, aber unter einen weiteren Dolusbegriff (z. B. den modernen Begriff des Vorsatzes) fallen¹⁾, regelmäsig als präsumtiver Dolus behandelt werden, meist ununterschieden von ebenfalls ihrem Wesen nach nicht erkannten Fällen sog. bewufster Culpa²⁾.

Die Erkenntnis dieser Thatsache konnte nun die italienischen Juristen entweder zur Erweiterung des Dolusbegriffes oder zur Anerkennung einer besonderen Schuldart führen, — wenn sie nicht (auf Grund der wesentlichen Verschiedenheit der eigentlichen Dolusfälle und der mit ihnen gleichbehandelten) die Berechtigung der Präsumtion oder ihr Vorhandensein leugnen und Culpa annehmen wollten, indem sie die Gleichstellung der culpa lata mit Dolus aus anderen Gründen erklärten. — Den letztgenannten Standpunkt vertrat die Glosse und viele ihr folgende ältere Post-

1) cf. Binding, Normen II. § 54.

2) Trotz bewußt rechtswidrigen Verhaltens liegt nicht Vorsatz vor, wenn der Erfolg nicht gewollt ist, der Thäter über die kausale Tragweite irrt, was in vielen Fällen der lata c. denkbar ist. Dagegen Binding, a. a. O.

glossatoren; rein formellen dolus praesumptus sah die herrschende Bartolinische Doktrin in den Fällen der culpa dolo proxima, eine besondere Schuldart Baldus, andere reinen Dolus.

2. Die culpa dolo proxima in der italienischen Doktrin.

§ 20.

a) Die Lehre der Glosse und der Postglossatoren vor Bartolus.

Die Glosse und die herrschende Meinung bis auf Bartolus faßte die culpa dolo proxima in allen Fällen als höchsten Grad reiner Culpa auf. Culpa dolo proxima oder lata culpa wird erklärt als „nimia negligentia“ und „non intelligere id, quod omnes intelligunt“. Sie stellt einen so hohen Grad von Nachlässigkeit, Sorglosigkeit und Ignoranz dar, den auch ein gewöhnlicher Mensch stets zu vermeiden pflegt. „Dolo proxima“ heisst sie als höchster Grad der Culpa, und weil für sie in der Regel wie für Dolus gehaftet wird. In diesem Sinne werden alle Quellenstellen von der Glosse ausgelegt.

Zu den Quellenstellen, die die culpa lata als Dolus zu bezeichnen scheinen, bemerkt die Glosse, daß hier nur eine thatsächliche Gleichstellung der Haftung gemeint sei: z. B. „dolum esse i. e. dolo comparari“¹⁾. Die „comparatio“ oder „aequiparatio“ der lata culpa mit dem Dolus wurde von der Glosse und der herrschenden Lehre gerade als Beweis der Nicht-Identität beider angeführt. So sagt Odofredus von der lata culpa und magna negligentia: „dolo comparatur“, und fügt hinzu: „ex quibus apparet latam culpam non esse dolum, quia nemo est idipsum, quod est ei simile“²⁾. Ähnlich sagt die Glosse zur l. quod Nerva (l. 32 D. depos): „dicitur similis, ergo non est idem nihil est idem, cui idipsum simile est.“ — Diese und ähnliche Sätze wurden zur allgemein gebrauchten Phrase, mit der die Vertreter der herrschenden

1) so Glo. zur l. quod Nerva 32 D. depositi 16, 3 u. l. 226 D. de V. S. cf. unten § 28.

2) Odofredus, D. v. depos. l. quod Nerva.

Lehre diese Frage zu erledigen pflegten. Auch die in der l. quod Nerva als Dolus bezeichnete grobe Verletzung der diligentia quam suis rebus erklärt die Glosse als „lata culpa dolo comparata.“ Das „dolum esse“ wird als „dolo comparari“, das „fraude non caret“ als „fraudi comparatur“ interpretiert. Doch findet sich hier ganz vereinzelt ein Zusatz: „vel dic: fraude scilicet praesumta“³⁾. Dieser Zusatz paßt garnicht zur vorhergehenden Ausführung der Glosse und ward meist ignoriert⁴⁾. Erst als Bartolus die Auslegung der Glosse scharf angriff, wurde ihm dieser Satz als mit seiner Meinung übereinstimmend entgegengehalten.

Die Ansicht der Glosse und ihre Auslegung der Quellenstellen über die culpa dolo proxima war ein Jahrhundert lang allgemein anerkannt.

Jedoch finden sich schon früh Spuren einer anderen Auffassung, insbesondere der lata culpa als Verletzung der „diligentia quam suis rebus adhibere solet.“ In der auffallenden ungleichen Behandlung der fremden und der eigenen Sache zur selben Zeit unter denselben Umständen, liegt ein augenscheinliches Indiz für Dolus. Da die Quellen an mehreren Stellen nicht nur auf dieses Indiz hinweisen, sondern eine solche „nimia negligentia“ und „lterior culpa“ geradezu als Dolus bezeichnen, haben schon früh einige Rechtslehrer darauf hingewiesen, daß hier eine gesetzliche Doluspräsumtion vorliege.

Diese Meinung wurde schon von einzelnen Glossatoren vertreten. Nach dem Zeugnis des Baldus findet sich in den verlorengegangenen „Brocarda“ des Pillius die Ansicht ausgesprochen, daß eine Vernachlässigung der anvertrauten Sache bei Sorgfalt für die eigene „dolus praesumptus“ sei, der dem dolus verus compariert werde⁵⁾. — Wichtiger ist, daß

3) Glo. ad l. 32 D. depos. 16, 3. cf. unten § 28.

4) cf. Odofredus u. Dinus, die in der l. quod Nerva lata culpa dolo comparata sehen. cf. unten § 28.

5) Baldus, D. v. depos. l. quod N. In der Additio sagt er, nachdem er Bartolus, Cinus u. Jo. de Blanoso für diese Meinung zitiert

auch Azo diese Ansicht teilte. Azo sieht in der l. quod Nerva eine Präsuntion des Dolus. Zur l. 1 C. de locat. 4, 65, wo von der Haftung des Speicherbesitzers für den im Speicher an den deponierten Sachen entstandenen Schaden die Rede ist, bemerkt er: „distinguitur enim, utrum de suis aliquid amisit, an non, sed alienam rem tantum, ut tunc ex conjectura videatur in dolo versari, quia non ita diligens fuit, sicut in suis, ut in D. depos. l. quod Nerva“⁶⁾.

Johannes de Blanoso, der Zeitgenosse des Accursius, betrachtet ebenfalls die „culpa latior“ der l. quod Nerva als Dolus. Während nach ihm lata culpa „quaedam negligentia ex fatuitate procedens“ ist, definiert er den Dolus folgendermaßen: „Dolus est fallax, calliditas ad circumveniendum fallendumque alium adhibita, quod in eo consistit, qui in rebus suis et alienis fallaci animo non simpliciter conversatur“. Für den ersten Teil bezieht er sich auf die l. 1 D. de dolo 4, 3, für den zweiten auf die l. quod Nerva u. a. Stellen⁷⁾. Aus den angeführten Stellen und seiner Definition ergibt sich, daß er nur die offenkundige Verletzung der diligentia quam suis rebus, nicht aber jede dem Dolus comparierte culpa lata zum Dolus rechnet. Die lata culpa ist ihm eine gleichhochgradige oder noch größere negligentia, ihr mangelt aber das „non simpliciter versari in rebus suis et alienis“⁸⁾.

Diese Ansicht gewann in der italienischen Doktrin erst unter dem Einfluß der französischen Schule Beachtung und Anerkennung.

Cinus, der an die Lehren der französischen Juristen Jacobus de Ravanis und Petrus de Bellapertica an-

hat: „et vide in brocardis Pillei in II. charta sub rub. „licitum est unicuique“. cf. unten § 22.

6) Azo, Cons. IV. C. de locat. et cond. l. 1 no. 4.

7) Joh. de Blanoso, Com. s. tit. de actionibus fol. 5. „de culpis et dolo“. Er führt auch an l. 5 § 4 D. commodati 13, 6, wo Dolus doch wohl kaum anzunehmen ist (damnum fatale u. bloßes Vorziehen der Rettung der eigenen Sache vor der fremden). Ferner l. 7, § 1 (wohl auch pr. u. § 2 gemeint) D. de admin. tutur. 26, 7.

8) cf. unten § 26.

knüpft, bekämpft zuerst energisch die Auffassung der Glosse in seinen Additionen zur l. quod Nerva. Er hat, wie bezeugt wird⁹⁾, diese lex eingehend untersucht, und vertrat offenbar die Meinung des Petrus de Bellapertica. Dieser führt in seiner Institutionenvorlesung¹⁰⁾ folgendes über die culpa lata aus: „Quid lata culpa? Doctores dicunt, quod lata culpa est negligentia major, quam exigat communis modus hominum, id est, qui ignorat illud, quod omnes sciunt. Unde ille est in negligentia i. e. lata culpa, qui quamvis tantam diligentiam adhibuerit in re aliena, quam in sua, minorem tamen exhibet, quod exigat communis modus hominum“. Petrus meint aber: „impossibile est definire latam culpam“. Er führt dann die Ansicht der Glosse und der Doktrin über den Unterschied von culpa lata und Dolus an: „lata culpa ad dolum se habet, ut simile ad suum simile, et sic non est idem lata culpa et dolus quia nihil est illud, prope quod est; sed lata culpa est prope dolum: ergo non est dolus“. Dagegen bemerkt nun Petrus: „Econtra videtur, quod lata culpa sit dolus praesumptus“. Das beweise die l. 29 pr. D. mandati 17, 1, wo es heiße, daß lata culpa Dolus zu sein scheine¹¹⁾; auch an anderen Stellen sage das Gesetz: „quod lata culpa dolum repraesentat, vel lata culpa est dolus praesumptus“. „Sed certe omnis dolus est praesumptus, nam dolus consistit in animo; et ea, quae sunt in animo, est impossibile nisi per praesumptionem [cognoscere]“, daher: „culpa lata est dolus, latior culpa dolo non caret“. Hiernach hat er Recht, wenn er sagt: man kann die culpa lata garnicht definieren, nämlich als besondere Schuldart. Denn wenn die von der culpa lata sprechenden Sätze nur den Gedanken ausdrücken: bei einer

9) cf. die Angabe des Baldus unten § 22 Anm. 2. Die Additionen des Cinus zur Glosse des Dig. vetus sind uns nicht erhalten. cf. Savigny, röm. Gesch. § 29, II u. IV.

10) Petrus de Bellapertica, Lectura super Institut. tit. de obligat. quae ex quasi delicto nascuntur.

11) l. 29 pr.: „et si quidem (scil. fidejussor) sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta negligentia prope dolum est)“

so beschaffenen („lata“, „nimia“, „dolo proxima“ etc.) Culpa sei Dolus zu präsumieren, — ist culpa lata keine Bezeichnung eines Schuldbegriffs. Für Petrus de Bellapertica ist lata culpa Dolus, und er will nicht einmal betonen, daß nur ein präsumierter Dolus vorliege, sondern meint, in diesen Fällen sei durch Indizien nachweisbarer Dolus vorhanden, wie in anderen Fällen auch.

Diese durch Cinus in Italien vertretene Ansicht erregte Aufsehen, fand aber nicht allgemein Anerkennung. So sagt Albericus de Rosato, indem er die Frage aufwirft, „culpa lata an sit dolus?“, „dicunt quidam moderni quod hic (l. 226 D. de V. S.) loquitur de magna culpa, quae est dolus, quae appellatur culpa latior, et venit ex animo saltem praesumpto, et ideo non est hic exemplum, quod Glossa ponit superius, sed est exemplum in l. quod Nerva. Et sic secundum istos quatuor sunt species culpa: nam alia est latior seu latissima sive magna, alia est lata, alia levis, alia levissima Quod est notandum!“ Aber er fügt hinzu: „nec hoc communiter tangunt Glossatores nec Doctores, sed solum tres species: lata, levis et levissima“¹²⁾. Albericus folgt der neuen Lehre nicht, wenn er sich auch sehr vorsichtig ausdrückt. An anderer Stelle sagt er: „culpa lata in delictis non aequiparatur dolo, punitur ut culpa, et appellatione culpa continetur negligentia et desidia“¹³⁾.

§ 21.

b) Die Bartolinische Doktrin: culpa dolo proxima als dolus praesumptus.

Erst Bartolus hat die Lehre des Cinus und der Franzosen zu Ansehen gebracht.

Bartolus hat anfangs in seinen Vorlesungen bei der l. quod Nerva die Lehre der „Modernen“ nur kurz wiedergegeben und gebilligt. Während, wer in lata culpa ist,

12) Alberic. D. n. de V. S. l. magna negl. (226). no. 1.

13) Albericus, D. n. ad l. Cor. de sic. l. in lege no. 1 u. 2 cf. no. 4 ff. auch: C. de episc. et cler. l. si quis n. dic. no. 10 u. 11.

„salva fides“ hat, scheint der die diligentia quam suis rebus Verletzende dolos zu handeln. „Nam eo ipso, quod non est ita diligens in alienis, sicut in suis, fraude non caret“. Er unterscheidet die „culpa latior“ als dolus praesumptus von der culpa latissima, dem dolus verus, und andererseits von der culpa lata, levis, levior, levissima, der reinen Fahrlässigkeit¹⁾.

Am 29. März 1343 hielt Bartolus aber über die l. quod N. eine große Repetition, in der er alle Schuldbegriffe entwickelte. „Materia a nostris doctoribus male explicata“, sagt er. Es gäbe zwei Auffassungen: „secundum nostros Doctores“ und „secundum Modernos, quorum opinionem hic sequor“²⁾. Er führt Folgendes aus. In der lex, sagt Bartolus, nennt Nerva es eine „latior“ culpa, wenn jemand eine geringere Diligenz auf deponierte Sachen anwendet, als auf die eigenen, und es heisst in der lex: „non caret fraude“. „Si non caret fraude, et fraus idem est quod dolus, ergo manifeste concludo, quod latior culpa est dolus praesumptus“³⁾. Wenn die Glosse sagt: „latiorem i. e. latam“ und „dolum esse i. e. dolo comparari“, so thut sie den Worten des Gesetzes Gewalt an. Einige, die die Glosse aufrechterhalten wollen („volunt sustinere lecturam glossae“), weisen darauf hin, daß die Glosse später zum Worte „fraude“ bemerke: „scilicet praesumta“, also sage: „ubi lata culpa, ibi fraus praesumta et econverso“. „Sed illud non videtur bene dictum. Nam lata culpa est non intelligere, quod omnes intelligunt. Si ergo lata culpa venit ex ignorantia, ergo patet, quod lata culpa non est fraus praesumta seu dolus praesumptus, qui venit ex animo. Mihi videtur, quod Glossa non possit sustineri“. Vom dolus praesumptus kann man nicht sagen: „aequiparatur dolo“, sondern nur „est dolus“, denn „genus repraesentatur in qualibet sua specie, licet species inter se differant“. Umgekehrt, wenn es von der lata culpa heisst: „dolo equiparatur“, ist sie nicht Dolus⁴⁾. Anders ist

1) Bartolus, D. v. depos. l. quod N. a. Anf.

2) a. a. O. „Repetitio“. — Bartolus benutzt u. zitiert dabei: Joh. de Blanosco, Petrus de Bellapert. u. Cinus.

3) a. a. O. Repet. no. 1.

4) a. a. O. no. 3.

es mit der „*culpa latior*“. Diese ist gleich „*fraus praesumpta seu dolus praesumptus et sic est proprie dolus*“⁵⁾. Über die *culpa latior* führt Bartolus dann weiterhin aus: Einige erklären die *culpa latior* nur durch Beispiele: z. B. wenn du dein Buch in der camera verwahrst, das fremde dir anvertraute in der aula liegen läßt. Andere, wie Johannes de Blanosco und Petrus de Bellapertica, umschreiben sie: „*culpa latior est fallax calliditas ad decipiendum fallendumque alterum adhibita, et in eo consistit, quod in rebus suis et alienis aliter et aliter fallaci animo conversatur*“. Das ist ganz gut, sagt Bartolus, nur zu sehr auf den Fall der l. quod N. zugeschnitten: „*nam multae aliae sunt causae, ex quibus dolus praesumitur, quam ex ista causa, quae per hanc legem habetur*“. Bartolus definiert nun allgemeiner: „*culpa latior est machinatio ad decipiendum fallendumque alterum adhibita praesumptive*“. Durch den Zusatz „*praesumptive*“ allein unterscheidet sich die *culpa latior* vom Dolus⁶⁾. Gegen diese Unterscheidung von *dolus manifestus* und *praesumptus* könnte vielleicht eingewendet werden: jeder Dolus sei ein *praesumptus*, denn ein Seelenzustand, „*cum consistit ex animo*“, könne garnicht strikt bewiesen, sondern nur ex *indiciis* präsumiert werden. Darauf antwortet Bartolus mit der Unterscheidung von „*indicia manifesta*“, die *dolus manifestus* begründen, und „*indicia non manifesta*“, die den Dolus nicht „*de necessitate*“, sondern nur „*praesumptive*“ beweisen⁷⁾. Der praktische Grund der Unterscheidung ist der, daß in Kriminalsachen ein *dolus praesumptus* zur poena ordinaria nicht genügt, es sei denn, daß das Gesetz dieses ausdrücklich bestimmt⁸⁾. — Bartolus faßt also die „*culpa latior*“ als rein formellen *dolus praesumptus* auf, ohne der wesentlichen Eigentümlichkeit dieser Fälle Beachtung zu schenken.

5) no. 4. Bartolus verweist hier auf Cinus „*super hac lege*“, dessen Commentar der l. quod N. nicht erhalten ist.

6) no. 13: „*Posui in definitione «praesumptive» ad differentiam doli manifesti*“. cf. no. 12: „*Dolus est machinatio adhibita manifeste*“.

7) no. 13 u. 14.

8) no. 15. cf. oben § 18, S. 136.

Baldus, der anfangs der Glosse folgte, vertrat in späteren Vorlesungen die Ansicht des Bartolus, in noch späterer Zeit aber eine ganz eigene Auffassung vom Wesen der Fälle der sog. „culpa latior“. — Ihm schloß sich sein Schüler Paulus Castrensis an⁹⁾).

Angelus de Ubaldis, der die Vorlesungen des Bartolus und Baldus nur in früherer Zeit gehört hat, folgt ihnen in der neuen Lehre nicht, sondern der Glosse. Er kennt außer der lata culpa keine culpa dolo proxima und äußert sich über die „latior culpa“ des Bartolus nicht¹⁰⁾).

Dagegen weist Salicetus die Ansicht des Bartolus ausdrücklich zurück und sucht die Glosse zur l. quod N. zu rechtfertigen. In der l. quod N., sagt Salicet, sei von culpa lata die Rede. Der Komparativ „latior“ drücke keinen Gegensatz zu „lata culpa“ aus, sei daher nicht Dolus; sondern, wie die Glosse sage, unter „dolum esse“ sei „dolo aequiparari“ zu verstehen. Über Bartolus' Auffassung bemerkt Salicet: Johann de Blanosco, ein „doctor antiquus, qui fuit ante Accursium“, sei verleitet durch den Text „latiorem culpam dolum esse“ der Meinung gewesen, daß es eine Culpa gäbe, die auch vom Dolus Elemente in sich trage („quod esset dare aliquam culpam, quae esset duobus essentialiter“)¹¹⁾. Diese Meinung habe Bartolus angenommen. Die daraus folgenden Widersprüche hätten beide dadurch zu beseitigen versucht, daß sie sechs Schuldgrade aufstellten: „culpa latissima, latior, lata, levior, levis, levissima“. Eine solche Stufenleiter aufzustellen sei ganz willkürlich. Bartolus werfe Verschiedenartiges zusammen, da Dolus und Culpa ganz verschiedene Begriffe seien¹²⁾. Die Verschuldung, „culpa ut genus“, habe zwei Species: Dolus und Culpa; der Dolus ebenfalls zwei: verus und praesumptus; die Culpa auch zwei: culpa proxima dolo, das ist die lata culpa, und culpa non

9) cf. § 22, wo die Lehren des Baldus u. des Castrensis im Zusammenhang erörtert werden sollen.

10) cf. unten § 26.

11) a. a. O. no. 2: „... et movebatur per istum text., qui dicit: dolum esse, et non dolo aequiparari“.

12) a. a. O. no. 3.

proxima dolo, das ist *levis* und *levissima culpa*. In der *l. quod N.* heiße es aber *latior culpa*, im Gegensatze zu den übrigen geringeren Culpagraden, nicht zur *lata culpa*. Von dieser sei hier die Rede, d. h. von einem Handeln oder Unterlassen „*imprudenter et sine proposito*.“ Dies sei der wahre Sinn des Gesetzes, was die Glosse und *communis opinio* bestätige¹³⁾. — Alle ähnlichen Quellenstellen faßt *Salicetus*, wie *Angelus*, als gesetzliche *aequiparatio* der *lata culpa* hinsichtlich der Haftungspflicht und Strafe mit dem *Dolus* auf, ohne einen begrifflichen Unterschied von gewöhnlicher *Culpa* anzuerkennen¹⁴⁾. — Seltsamerweise findet sich trotzdem bei *Salicetus* an einer Stelle die Äußerung: „*dolus praesumptus, qui est idem cum lata culpa*“, wobei er auf die *l. 226 D. de V. S.* und die *l. 29 pr. D. mand.* verweist¹⁵⁾. Bei der letzteren Stelle spricht er aber nur von *lata culpa*¹⁶⁾.

Sein Schüler *Raphael Fulgosius* verweist dagegen in Bezug auf die Bedeutung der „*culpa latior*“ auf *Bartolus*, dessen klarer Glosse zur *l. quod N.* zu folgen sei¹⁷⁾. — Ebenso verweist *Alex. Tartagnus* hinsichtlich der Unterscheidung der Schuldarten und des *dolus verus* und *praesumptus* stets auf *Bartolus*, doch auch auf *Baldus*, wohl ohne sich des Unterschiedes bewußt zu sein. Vom *dolus praesumptus* sagt er: „*appellatur culpa latior*“¹⁸⁾. Er konstatiert, daß die *l. quod N.* sehr verschieden ausgelegt, bald *lata culpa*, bald do-

13) no. 4: „*Glo. . . . hic istam latam culpam latiore appellavit non respectu latae vel latissimae, de qua non cavetur in jure, sed respectu aliorum inferiorum, quae non sunt ita latae, ideo appellantur levis et levissimae, et haec illis latior, ut est illa, quam leges latam, graviores illis appellant.*“ — cf. auch no. 9 (Defin. der *l. c.*).

14) cf. unten § 26 u. § 32.

15) *Salicet. IX. C. qui sibi ascrib. l. senatus.*

16) cf. unten § 28.

17) *Raph. Fulgosius, C. unde vi, l. cum quaerebatur no. 10*: „*quando autem dicatur culpa levis et quando latior et quando levior, dicite, ut plene notatur per Bartol: in l. quod Nerva D. depos. glos. ult. clara est et dicatis ut in ea. Raph. Fulg.*“

18) *Al. Tartagnus, D. v. de edendo, l. ubi exigitur (8 pr.) no. 2 u. II. C. de dolo, l. dolum (6) (latior c.)*.

lus praesumptus angenommen werde. Er schließt sich Bartolus an¹⁹⁾. Die lata culpa sei dagegen nicht Dolus und werde ihm strafrechtlich auch nie gleichgestellt²⁰⁾.

Augustinus Ariminensis bespricht zwei Fälle, in denen die culpa lata auch criminaliter dem Dolus gleichgestellt sei, weil präsumtiv Dolus vorliege, da infolge besonderer Fachkenntnis Culpa nicht anzunehmen sei. Erstens wird Dolus präsumiert beim Richter, der jemand „injuste et contra leges“ foltern läßt, oder, das gesetzlich erlaubte Maß der Folterung überschreitend, den Tod des Delinquenten verschuldet. Weil er rechtskundig ist, kann nicht ignorantia juris angenommen werden²¹⁾. Zweitens wird Dolus präsumiert beim Arzte, der „per imperitiam aliquem debilitavit vel occiderit“. In beiden Fällen tritt nicht die poena ordinaria ein, denn: „isto casu lata culpa aequiparatur dolo, sed non dolo vero, sed praesumpto, item aequiparatur dolo tacito et non expresso“²²⁾.

Im 15. Jahrhundert ist die Lehre des Bartolus, daß von der lata culpa eine culpa dolo proxima, oder latior culpa als präsumtiver Dolus zu unterscheiden sei, wohl zur allgemeinen Herrschaft gelangt. Es findet sich in der späteren Zeit wenig über diesen Gegenstand, insbesondere keine Kritik und Bekämpfung der Bartolinischen Doktrin.

Jason de Mayno scheint diese Frage geflissentlich zu umgehen. Bei ihm findet sich an den betreffenden Stellen seiner Kommentare nichts. Das entspricht seinem Charakter. Jason ist ein gewissenhafter Gelehrter, aber weder schöpfe-

19) Al. Tartag. Infort. (D) solut. matrimon. l. etiam filius § licet, no. 3 u. 8. Ebenso eod. l. mora, no. 15 f. cf. auch Cons. I, 103 no. 13 wo er die l. 8 § 9 u. 10 D. mand. für dol. praes. zitiert.

20) Al. Tartag. Cons. I, 65 no. 8. „lata c. non est dolus“.

21) August. Ariminensis, Addit. zu Angel. Aretin. s. v. quod fama publ. no. 104. „... ignorare jura est lata culpa in personis, quae non sunt astrictae scire jura, ubi in poenalibus lata culpa non aequiparatur dolo. Sed in iudice, qui se asserit jurisperitum, ignorare jus est adeo lata culpa, quod dolus in eo praesumitur, cum juris ignorantia non praesumitur, sed verius scientia juris.“

22) a. a. O. Salicet wolle die Todesstrafe in solchen Fällen verhängen.

risch, noch kritisch angelegt, und deshalb vorsichtig. Er billigte den Grundsatz „in consulendo non recedere a glossa“, und scheint auch in dieser Streitfrage an der Glosse festgehalten zu haben, ohne seine Meinung scharf herauszukehren oder gegen die Bartolinische Doktrin Stellung zu nehmen. An einer Stelle, wo er davon spricht, daß „etiam injusta et fatua causa excusat a dolo“, nicht aber „a lata culpa“, bemerkt er: dies sei wahr, „licet alias dicamus, quod lata culpa aequiparatur dolo in l. quod Nerva“²³). Hiernach scheint er, wie die Glosse, in der l. q. N. bloße „culpa lata dolo aequiparata“ anzunehmen; zwar ist durch diesen Satz und den Zusammenhang die Auffassung des Bartolus nicht ausgeschlossen, doch wegen der verpönten Ausdrücke „lata“ und „aequiparatur dolo“ unwahrscheinlich.

Die Autorität des Bartolus und Baldus (dessen spätere abweichende Ansicht fast ganz unbeachtet blieb) hielt lange jeden Widerspruch nieder. Wer ihnen nicht folgte, hielt sich stillschweigend an die Glosse, wie Jason und später Bossius²⁴). Clarus bemerkt nur: „talis enim lata culpa valde proxima est dolo, ut communiter dici consuevit“, ohne besondere Fälle im Auge zu haben²⁵). Die meisten Juristen des 15. Jahrhunderts schweigen über die Streitfrage ganz. Sie schien erledigt. Decian sagt: der Doktrin des Bartolus scheinen „omnes post eum scribentes“ gefolgt zu sein, „usque ad haec tempora“²⁶). Noch Menochius billigt die Lehre des Bartolus bei der l. q. N., ohne sich über die culpa latior weiter zu äußern²⁷).

Eingehender behandelt die culpa dolo proxima Alciatus. Er vertritt auf Grund selbständiger Quellenforschung die An-

23) Jason, I. D. n. de acquir. possess. l. justa possidet. no. 31.

24) Bossius, de homicidio no. 67, sagt: wenn der animus occidendi fehlt, könne die poena ordinaria nicht eintreten, „quamvis etiam sit lata culpa, quae dolo comparatur ut l. quod N. D. depos.“

25) Clarus, Sent. § homic. no. 3. fol. 22.

26) Decian, I. cap. 6 no. 7. — Ebenso äußert sich Cels. Bargalius, V. cap. 1 no. 17 über die allgem. Herrschaft der Bartolin. Lehre.

27) cf. unten § 24, S. 178.

sicht des Bartolus, indem er die culpa dolo proxima als dolus praesumptus und als höchsten Grad der negligentia ansieht. Er läßt nur die Bezeichnung „culpa latior“ fallen. Alciat sagt: „[Culpa] dicitur autem «dolo proxima» duobus modis: aut quia praesumpta in se fraudem contineat (l. quod N. D. depos.), ut cum non eam diligentiam in rebus alienis quis adhibuit, quam in suis; aut quia tam supina et inexcusabilis culpa est, ut tametsi non praesumatur fraus, parum tamen ab ea distet (l. si procurator in fin. [l. 8 § 9 u. 10] D. mandati 17, 1), veluti cum quis in gratiam amici negligens fuit; licet enim gratia et nimia facilitas excuset a dolo, proxima tamen illi est“²⁸⁾. Die Verletzung der diligentia quam suis rebus ist unter Umständen Dolus, die Pflichtverletzung „aus Konnivenz gegen einen Dritten“ ist dagegen Culpa, unüberlegte, leichtsinnige Lässigkeit durch energieloses Vorwiegenlassen eines anderen als des Pflichtmotivs: der Mandatar duldet in gutmütiger Lässigkeit, daß ein anderer ihm zuvorkommt. — An anderer Stelle spricht er nur von der erstgenannten culpa dolo proxima. „Magna vero vel lata culpa dolus est, intellige praesumptus. Nam vero dolo culpa lata solum proxima est“²⁹⁾. Nichts anderes bedeute in der l. q. N. „latior culpa“, der Komparativ stehe für den Positiv³⁰⁾. Da lata culpa Dolus sei, so schliesse jede Bestimmung der Haftung für Dolus auch die Haftung für culpa lata ein, mit Ausnahme der lex Cornelia de sicar.³¹⁾. Doch fügt Alciat hinzu: Andere meinen, daß, wenn das Gesetz ausdrücklich Dolus erwähne, bei allen Strafen, auch bei Geldstrafen, die culpa lata nicht eingeschlossen sei³²⁾. — Alciat drückt sich hier (zur l. magna) sehr allgemein aus,

28) Alciat, D. de V. S. l. 223 (latae) no. 3 u. 4.

29) Alciat, a. a. O. l. 226 (magna negl.) no. 4.

30) no. 5: „Appellatur et quandoque in jure haec culpa „latior“, ea ratione, qua comparativum pro positivo scribimus (l. q. N. D. depos.)“.

31) no. 6: „Cum igitur lata culpa dolus sit, consequens est, ut quaelibet dispositio, qua dolum malum dumtaxat praestari tradatur, etiam de lata culpa intelligatur. Quod ego verum esse arbitror, praeter quam in l. Cor. de sic.“ — cf. auch a. a. O. l. latae (223) no. 5.

32) a. a. O. l. magna no. 9.

er hat natürlich nur die *culpa lata*, soweit sie gesetzlich präsumierter Dolus ist, im Auge. Daher ist es überflüssig, daß er die *lata culpa* der l. *Cornelia* als Ausnahme anführt, weil diese kein gesetzlicher *dolus praesumptus* ist, ebensowenig, wie nach Alciat die „*culpa lata amici gratia*“. Eine wesentliche Abweichung seiner Auffassung von der des Bartolus ist nicht vorhanden.

§ 22.

c) Die Lehre des Baldus: die *culpa dolo proxima* als *dolus praesumptus „essentialis“*.

Baldus hat sich nicht begnügt, die Fälle der *culpa dolo proxima* als gesetzlich präsumierte Dolusfälle nachzuweisen, sondern er hat sich auch bemüht, die wesentliche Eigenart dieser Fälle zu erkennen und festzustellen. Er schied daher diesen *dolus praesumptus* nicht nur als formalen Dolus, sondern als begrifflich andere Schuldart vom *dolus verus*, indem er ihn als „*dolus praesumptus respectu propriae essentiae*“ bezeichnete.

Anfangs hat Baldus die „*culpa latior*“ der l. *quod N.*, wie die Glosse, als höchsten Grad reiner Culpa, als „*culpa lata dolo aequiparata*“, aufgefaßt¹⁾. In einer späteren Vorlesung dagegen bemerkt er zur l. *quod N.* mit Bezugnahme auf Cinus und Bartolus, daß hier von *dolus praesumptus* die Rede sei: „*si depositarius non adhibet parem diligentiam in re deposita, sicut in propria, dicitur esse in latissima culpa seu in dolo praesumpto, quae vero dolo aequiparatur*“²⁾. Hier, wie

1) Baldus, D. v. depos. l. *quod Nerva* (32). In der früheren Vorlesung bemerkt er nur: „*Lata culpa dolo comparatur. Nota ex hac lege, quod non adhibere talem diligentiam in rebus alienis, qualem adhibent in suis, dicitur lata culpa*“, u. verweist dann bezügl. der Begriffe von Dolus, *culpa lata*, *levis* einfach auf die Glosse. Er fügt auch hinzu: „*Nota quod nihil est idem, quod est simile.*“

2) a. a. O. ist in der d. Verf. vorliegenden Ausgabe als „*Additio ex lectura antiqua*“ eine später gehaltene Vorlesung mit abgedruckt. Baldus weist hier darauf hin, das Cinus die l. *quod N.* besonders untersucht habe, noch eingehender aber Bartolus i. s. *Repetitio*, der seine Lehre

noch an vielen anderen Stellen, vertritt er einfach die Lehre des Bartolus und wird von den meisten auch als ihr Vertreter zitiert. — In offenbar noch viel späterer Zeit hat Baldus dann diese Materie in seiner Codex-Lectura noch einmal aufgenommen und dabei ganz eigenartige Gedanken entwickelt.

In der Codex-Lectura³⁾ sagt Baldus nach der Besprechung des Dolus von der Culpa: „1) quaedam est culpa, quae interpretatur esse dolus, et ita appellatur culpa latior; 2) quaedam est culpa, quae est simul cum dolo et appellatur lata culpa; 3) quaedam est culpa, quae omnino recedit a dolo, et ista est duplex: levis, levissima“. Die Ansicht der Glosse, daß „latior“ und „lata“ culpa dasselbe sei, weil beide ein non intelligere seien, und daß latior culpa dem Dolus nur similis sei, verwirft er als falsch: denn jedenfalls sei schon ein gradueller Unterschied vorhanden, wie Joh. de Blanoso⁴⁾ hervorhebe. Jedoch sei auch ein wesentlicher Unterschied vorhanden: „imo [definitio] est diversa omnino“. Die Ansichten der neueren Juristen befriedigen ihn nicht, auch nicht die Erklärung der culpa latior durch Bartolus. Nach Joh. de Blanoso — sagt er — sei die culpa latior „fallacia“, also einfach Dolus, während Bartolus sage, sie sei „nihil aliud nisi dolus praesumptus“. Das sei unzutreffend. Und nun führt Baldus seine ganz eigene Ansicht über den dolus praesumptus „essentialis“ an.

„Adverte — sagt er — dolus praesumptus dicitur dupliciter: quandoque respectu probationis (ut l. dolum [6] C. de dolo 2, 20), quandoque respectu propriae essentiae sive qualitatis, et ita sumitur in l. quod Nerva.“ Damit will Baldus sagen: als dolus praesumptus bezeichnet man nicht nur

auf Joh. de Blanoso gründe. Er weist dabei auch auf die verlorenen Brocarda der Pillius hin. (cf. oben § 20 Anm. 5).

3) Baldus, IV. C. de pigner. act. l. quae fortuito. Er behandelt hier die ganze Schuldlehre mit einer Gründlichkeit, die seine späteren Arbeiten kennzeichnet.

4) Hier, wie an der folg. Stelle zitiert er: „Ja. de bel.“, später „Jo de bel.“ Das bedeutet aber nicht Jacob. de Belvisio, sondern Joh. de Blanoso, den er „Jo. de Beloscho“ nennt u. später auch so zitiert.

den durch Präsumtion bewiesenen Dolus, sondern auch Fälle, bei denen der Dolus zwar auch durch Präsumtion festgestellt wird, sich aber auch „*respectu propriae essentiae seu qualitatis*“, also wesentlich und qualitativ vom regelmässigen Dolus unterscheidet. Das bedeutet einmal: a) die *culpa latior* der l. q. N. ist nicht der *dolus praesumptus*, sondern nur auch ein *dolus praesumptus*; ferner aber: b) die *culpa latior* ist außerdem eine besondere Art des Dolus, die sich vom eigentlichen Dolus durch wesentliche Eigenart, also begrifflich unterscheidet. Hierher gehört das, was er ebenfalls im Anschluß an die Erklärung der *culpa latior* an anderer Stelle vom *dolus praesumptus* sagt, nämlich: *dolus praesumptus* bezeichne ein „*species doli*“ „*per se*“. Sowohl der *dolus verus*, als auch der *dolus praesumptus* könne ein *dolus vere probatus* oder auch ein *dolus praesumptive probatus* sein. Er unterscheidet auch hier den gesetzlichen „*dolus praesumptus*“ als Dolusspezies vom präsumierten Dolus⁵⁾.

Über Wesen und Begriff dieses *dolus praesumptus essentialis* oder der „*latior culpa*“ äußert Baldus dann Folgendes⁶⁾. Dafs überhaupt Dolus vorliege, beweise die l. quod Nerva deutlich: ihr dictum lautet: „*culpa latior est dolus*“, ihr exemplum: „*diligens in suis negligens in depositis tenetur actione depositi*“, die ratio ist: „*quia non salvat fidem*“, — „*ergo incidit in dolum*“. Hiernach ist also das Wesen der la-

5) Baldus, Infort. (D.) solut. matrimon. l. 24 si constante § si maritus. „Adde circa hoc, quod dixi de dolo praesumpto, quod haec verba «*dolus praesumptus*» designant speciem doli; nam *dolus praesumptus* est species per se. Sed haec verba «*dolus praesumptive probatus*» prolata per se designant modum probationis. Unde *dolus* interdum etiam verus vere probatur; interdum est *dolus praesumptus* vere probatus ut l. quod N. dep., interdum est *dolus praesumptus praesumptive probatus*, puta per conjecturas et indicia, quae non sunt probationes directae, sed inflexae et referentes per modum.“ Eine von den Späteren oft besprochene und verschieden ausgelegte Stelle. Sie ist auch an sich zweideutig, man muß sie aber im Zusammenhang mit der *culpa latior* der l. q. N. erklären, an die Baldus auch an dieser Stelle (cf. unten Anm. 8) anknüpft.

6) i. d. Codex-lectura a. a. O.

tior culpa eine „inconsideratio“ oder „incautela“ in anvertrauter Sache, bei Pflichten gegen andere, neben gleichzeitiger „consideratio“ und „cautela“ in eigener Sache, gegen sich selbst. Wer sich so verhält, handelt nicht „fideliter“, sondern „fraudulenter“, ist also in dolo⁷⁾. Dagegen ist lata culpa nie Dolus, sondern wesentlich negligentia, von ihr heisst es höchstens „aequiparatur dolo“. Sie ist ihm nur „similis“, aber „nihil simile est idem“. — Bei der Besprechung der wesentlichen Verschiedenheit der culpa latior vom eigentlichen Dolus kommt Baldus dann zu einem interessanten Schluss. Man sieht aus den fast eindringlichen Worten und der ausführlichen Auseinandersetzung, daß ihm daran liegt, den dolosen Charakter der in der l. quod N. bezeichneten Handlungsweise möglichst klar festzustellen, um dann zu bekennen, daß trotzdem hier ein culposes Element dem dolosen beigesellt sei, wodurch eine eigenartige Mischung beider entstehe. Die culpa latior, sagt Baldus, ist ein Mittelding zwischen Dolus und culpa lata, denn sie hat Elemente von beidem, teil an beiden: „latior culpa est medium inter haec duo, dolum et latam culpam, et de utroque participat.“ Der Dolus liegt im Bewußtsein von der drohenden Gefahr: „[participat] de dolo, quantum ad noticiam futuri periculi.“ Dieses Bewußtsein hat der Thäter; denn was er für sich als Gefahr erkennt, das erkennt er unter gleichen Umständen auch als Gefahr für den andern: „quia quod cognoscit in se, cognoscit in alio.“ Das culpose Element, die lata culpa, liegt dagegen darin, daß der verletzende Erfolg nicht an sich gewollt und beabsichtigt ist, sondern vielmehr nur durch energielose Lässigkeit und Gleichgültigkeit zugelassen wird: „cum lata autem culpa participat, quia non ex animo, nec ex voluntate laesio contingit, sed per ignaviam pigritiam.“

7) An and. Orte: Infort. l. c. definiert Baldus die latior culpa: „l. c. est machinatio dolosa a jure praesumta ex eo, quod quis est diligentior in suis, quam alienis contra naturam contractus.“ Dagegen: „lata c. est suprema negligentia . . . ex facilitate“

Baldus sieht also das dolose Element im Falle der *l. quod N.* in dem Umstande, daß der Thäter die Gefahr der Verletzung kennt. Er vermag aber die hier beisammenliegenden Fälle der bewußten Culpa und des Vorsatzes eventuell den Erfolg zu verursachen nicht zu scheiden. Beide Fälle wären hier denkbar: bewußte Culpa, wenn der Thäter bei seiner bewußt pflichtwidrigen Lässigkeit an die Gefahr zwar dachte, den schädlichen Erfolg aber weder wollte, noch an seinen Eintritt glaubte (z. B. er hält die an eigener Sache beobachtete Vorsicht nicht für nötig, glaubt immer noch Zeit und Möglichkeit zu haben, einen Schaden abzuwenden); eventueller Verletzungsvorsatz, wenn der Thäter das Bewußtsein hatte, bei Unterlassung der pflichtmäßigen Sorgfalt nicht mehr die Möglichkeit zu haben, eine eventuelle Verletzung abzuwenden, wenn er also mit der Unterlassung endgiltig in die Eventualität gewilligt hat. „*Dolus malus*“ fehlt in beiden Fällen, weil er nicht *animo nocendi*, sondern nur aus Trägheit, „*per pigritiam ignavam*“ den Erfolg herbeiführt. Daß in diesem Falle der *l. quod Nerva* in Bezug auf die Verursachung des Erfolges das dolose Element im Bewußtsein des Thäters von der Gefahr liegt, nicht etwa schon im Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit seiner Sorglosigkeit, hat Baldus richtig erkannt. Denn auch der bewußtpflichtwidrig Nachlässige kann hinsichtlich der Verursachung des schädlichen Erfolges seiner Nachlässigkeit immer noch bloß in culpa sein. — Ebenso liegt im Falle der *l. 24 § 5 D. sol. matrim. 24, 3*, wo Baldus von *latior culpa* und *dolus praesumptus* als Dolusspezies spricht⁸⁾, das dolose Element im Gefahrbewußtsein. Der Ehemann behandelt die Dotalsklaven bewußt pflichtwidrig hart, die eigenen nicht. Er handelt bewußt culpos, wenn er meint, es werde den Sklaven nichts schaden; oder mit dem Vorsatz, sie eventuell zu schädigen, wenn er auf die Gefahr hin drauflos handelt. Er handelt aber nicht *dolo malo*, d. h. nicht mit der Absicht, die

8) Bald. Infort. (D.) sol. matrim. l. si constante § si maritus. „cum dicat [Cinus], quod sit dol. praes., ista est latior c. ut i. l. q. N.“ — cf. Anm. 5.

Sklaven zu beschädigen und die Dos zu mindern. — In diesen Fällen ist nach Baldus also das dolose Element in der culpa latior Gefährdungsvorsatz ohne animus nocendi.

Unzutreffend aber wäre die Annahme, daß Baldus das dolose Element seiner culpa latior immer im Gefährdungsvorsatz sieht, denn er betrachtet auch solche Fälle der lata culpa als dolus praesumptus essentialis, bei denen eine bloße „noticia periculi“ beim Thäter gar nicht vorliegt, also weder von bewusster Culpa, noch von bloß eventuellem Verletzungsvorsatz die Rede sein kann, wie in den Fällen bewußt pflichtwidrigen Handelns aus Mitleid oder Konnivenz gegen andere Personen. In solchen Fällen ist keine „noticia futuri periculi“, sondern rechtswidriger Vorsatz, den Erfolg herbeizuführen, vorhanden. Dolus malus ist aber ausgeschlossen, denn der Thäter will nicht die Schädigung als solche, er handelt nicht animo nocendi, sondern „misericordiae excercendae causa“ und „gratia amici“. Nun nimmt aber Baldus auch in solchen Fällen gesetzlichen dolus praesumptus, also culpa latior, an. Zur l. 7 pr. D. depos. 16, 3 (wo es vom Sequester, der dem deponierten Sklaven bewußt pflichtwidrig aus Mitleid die Fesseln löst, damit er entfliehe, heißt: er begehe ein factum dolo proximum) — bemerkt Baldus: „si quis in re aliena intempestive misericordiam exercet, in dolo praesumitur“⁹⁾. Unzeitig ist das Mitleid, weil er nach Übernahme der Verpflichtung mit aller Energie nur dem Pflichtmotiv folgen muß. Das dolose Element ist hier der bewußt pflichtwidrige Vorsatz, den Erfolg zu verursachen. Dennoch liegt nur dolus praesumptus essentialis vor, nicht dolus malus, weil der Thäter nicht animo nocendi, um die Interessenten zu schädigen, handelt, sondern nur zwecks unzeitiger pflichtwidriger Befriedigung eines anderen Motivs, als des Pflichtmotivs, aus energieloser Lässigkeit, und in diesem Sinne „per ignavam pigritiam“. Ebenso wäre der späteren Ansicht des Baldus gemäß der gleiche Fall der l. 7 § 7 D. de dolo 4, 3 zu beurteilen,

9) Bald. II. D. v. depos. l. si hominem (pr.).

wo es im Text heißt, daß der *misericordia motus* zwar nicht für *furtum*, wohl aber in *factum* hafte. Baldus scheint hier seiner früheren Ansicht entsprechend *Culpa* anzunehmen. Er sagt nur: „*Nota quod misericordia motus excusatur a dolo, non tamen impedit, quin obligatur, ex quo misericordia non fuit regulata.*“ Er fügt hinzu: dieser Paragraph sei auch anwendbar gegen die, die Gefangene aus Mitleid entweichen lassen¹⁰⁾. Seiner späteren Auffassung nach liegt in beiden Fällen *dolus praesumptus*, aber nicht *dolus malus*, vor: pflichtwidriger Vorsatz den Erfolg zu verursachen nicht *animo nocendi*, sondern aus energieloser Pflichtlässigkeit.

Baldus hat die wohl erst in letzter Zeit gewonnene Ansicht von der *culpa latior* als Mittelstufe von *Dolus* und *Culpa* nicht in alle Stellen seiner Kommentare hineingearbeitet¹¹⁾. Oft findet sich noch die Ansicht der Glosse vertreten. Zur l. 8 § 9 u. 10 D. mand. 17, 1 bemerkt er, sich eng an den Text haltend: „*quando aliquis omittit mediante pecunia, videtur esse in dolo, sed si per gratiam, dicitur esse in lata culpa*“¹²⁾. Nach seiner späteren Ansicht würde Baldus im ersten Falle *dolus malus*, im zweiten *dolus praesumptus*, eine Mischung von *Dolus* und *Culpa* annehmen: pflichtwidrigen Vorsatz, den Auftraggeber zu benachteiligen, aber nicht in der Absicht, ihm zu schaden, sondern aus Energielosigkeit gegen ein anderes als das Pflichtmotiv.

Nach Baldus liegt also in diesen Fällen der *culpa latior* vor: bewußt rechtswidriger Wille, sei dieser nun hinsichtlich des Erfolges Gefährdungsvorsatz, resp. eventueller Verletzungsvorsatz oder absoluter

10) Bald. I. D. v. de dolo l. eleganter, § idem Labeo. — Auf diese Stelle verweist er auch in: D. v. si certum petatur (d. h. de reb. cred. si c. p. 12, 1), l. si quis nec causa (4), no. 2, wo er sagt; „*quando fenerator exercet misericordiam fenerando, tamen ista non est vera misericordia, ubi peccatum committitur, nam vera misericordia non habet in se maculam.*“

11) An vielen hierher gehörigen Stellen äußert er sich garnicht, z. B. l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6; l. 7 § 8 D. de minor. 4, 4; l. 24 eod.; l. 2 § 5 D. de hered. 18, 4; u. a.

12) Bald. II. D. v. mandati l. si procurator § dolo autem.

Verletzungsvorsatz, trotzdem aber nicht auf den Erfolg gerichteter *dolus malus*. — Wenn Baldus sagt: in diesen Fällen sei ein „medium“, eine mittlere zwischen *Dolus* und *Culpa* stehende Schuldart vorhanden, in der sich dolose und culpose Elemente gemischt finden, so hat er vollkommen Recht: denn, wer unter *Dolus* den römischen „*dolus malus*“ versteht, kann jene Fälle nicht zum *Dolus* rechnen und muß entweder, weil er sie auch als *Culpa* nicht auffassen kann, in ihnen eine besondere mittlere Schuldart oder Mischung beider sehen, oder das Nachdenken über ihr Wesen einfach aufgeben und präsumieren, was jedenfalls nicht vorliegt: entweder *dolus malus* (so die Römer und Bartolus) oder *Culpa* (so die Glosse). Die vom römischen *dolus malus* nicht umfaßten und die von der reinen *Culpa* nicht erreichten Fälle des modernen „Vorsatzes“ sind in der That eine mittlere Schuldstufe zwischen beiden. Es giebt vom Standpunkte der Römer und der Postglossatoren keine richtigere Auffassung, als die des Baldus.

Baldus Auffassung der *culpa dolo proxima* als besondere Schuldart fand kaum Beachtung. Nur Paulus Castrensis (und später Donellus) vertritt eine ähnliche Auffassung der betreffenden Fälle, ohne die Ausführung des Baldus in der *Codex-Lectura* zu erwähnen. Die Unterscheidung des Baldus zwischen *dolus praesumptive probatus* und dem gesetzlichen *dolus praesumptus „essentialis“* wurde daher auch garnicht verstanden.

Paulus Castrensis vertritt die Auffassung des Bartolus, daß *culpa latior dolus praesumptus* sei. Zur l. quod Nerva bemerkt er: die Glosse gäbe nicht den richtigen Sinn wieder, Bartolus hätte sie am besten erklärt. *Culpa „latior“* sei *Dolus*, *culpa lata* nie¹³⁾. An anderem Ort sagt er: „Lex

13) P. Castrensis, II. D. v. depos. l. quod N. no. 2. „Nota quod Glo., quae hic sunt, non intellexerunt istud textum, quae exponunt «latiorem i. e. latam» et «dolum esse i. e. dolo comparari», quod est destruere textum. Unde scias, quod istud verbum culpa est latissimum et comprehendit dolum verum, qui dicitur culpa latissima, et dolum praesumptum».

quod Nerva non loquitur de lata culpa, sed de culpa latiori, quae est dolus praesumptus, et longa est differentia inter illam et istam“¹⁴⁾. Aber während Bartolus den Ausdruck culpa latior auf den dolus praesumptus überhaupt ausdehnt und diesen als rein formellen Dolus auffasst, schränkt Castrensis den dolus praesumptus auf die Fälle der culpa latior, des gesetzlich präsumierten Dolus, ein und fasst ihn als einen dolus essentialis auf, wie Baldus. Castrensis nennt „dolus praesumptus“ nur den „a jure sine alia probatione“ präsumierten Dolus. Den „dolus praesumptive probatus“, zu dem er auch den ex indiciis bewiesenen Dolus rechnet, bezeichnet er nicht so. Der gesetzliche dolus praesumptus oder die „culpa latior“ unterscheiden sich wesentlich vom dolus verus, dem „eigentlichen“ Dolus: „differunt in multis“¹⁵⁾.

In zwei Fällen, sagt Castrensis, findet eine „necessaria probatio doli“ statt: 1) „quando quis non facit illud, ad quod tenetur, et scit se teneri“; 2) „quando in rebus depositis non adhiberet eandem diligentiam, quam in suis“¹⁶⁾. In beiden Fällen sieht er ein vorsätzliches Unterlassen pflichtmäßiger Handlung, wie er denn auch vom dolus praesumptus ganz allgemein sagt: „d. praes. consistit ex praesumptionibus consistentibus in non faciendo, quando quis obligatus est aliquid facere et sciens se teneri non facit“¹⁷⁾. Außer in der l. quod N. liegt er z. B. vor in der l. 8 pr. D. de edendo

sumtum, qui dicitur latior, et latam culpam, quae non est dolus, sed dolo comparatur, et c. levem et levissimam“ u. no. 4.

14) P. Castr. I. C. depositi, l. si in cursu, no. 2.

15) P. Castr. I. C. de dolo l. dolum, no. 4. „Ille dicitur dolus praesumptus a jure sine alia probatione, qui dolus dicitur culpa lata [? latior]. Quando autem probatur per indicia, dicitur dolus verus et differt in multis.“ (Die Worte „dicitur c. lata“ enthalten entweder einen Druckfehler statt latior, oder dicitur bezieht sich auf die Quellen oder die Glosse. P. Castrensis selbst nennt den d. praesumptus immer c. latior. Er fährt auch an dieser Stelle fort:) „dol. praesumptus dicitur c. latior, et dissoluta negligentia, quae non est dolus, sed dolo comparatur in pluribus, dicitur c. lata.“

16) P. Castr. I. C. de dolo l. dolum no. 3.

17) zur l. quod N. no. 3.

2, 13: wenn der *argentarius culpa dolo proxima* seiner Editions-pflicht nicht nachkommt, nicht *dolo malo*, um den anderen zu schädigen, sondern nur „quando non facit id, quod de jure facere tenetur, non subsistente justa causa“. Castrensis zitiert hier auch die l. 8 § 9 u. 10 D. *mandati*, wo dasselbe zutreffe: es liegt nicht *dolus verus*, *culpa latissima*, auf den schädigenden Erfolg gerichtete Absicht, sondern *culpa latior*, bewußt pflichtwidriges Verhalten, vor¹⁸⁾).

Schon aus diesen Beispielen und aus dieser Gegenüberstellung des *dolos verus* und *praesumtus* geht hervor, daß Paulus Castrensis die *culpa latior* im Sinne des Baldus als besondere Schuldart auffaßt, die im Gegensatz zum eigentlichen Dolus (*dolus verus* oder *malus*) bewußt pflichtwidriges Verhalten ohne *malicia* und ohne *animus nocendi* ist. Deutlich zeigt sich das in seiner Bemerkung zur l. 7 pr. D. *depos.* 16, 3, wo er sagt: „Non est licitum in alieno exercere misericordiam ultra intentionem domini Hic non videris fuisse in dolo, postquam pietate et misericordia ductus ipsum [servum] solvisti. Verum est: et non fuisti in vero dolo, quia non fecisti malitiose et animo nocendi, sed fuisti in dolo praesumto, vel lata culpa, quae proxima est vero dolo“¹⁹⁾. Hier ist von einem Gegensatz zwischen dem *dolus vere probatus* und *praesumtive probatus* gar keine Rede, sondern vom *dolus malus* oder *verus* und vom *dolus praesumtus „essentialis“*, der bewußt rechts- oder pflichtwidriger Wille, aber nicht „böser“ Wille oder „Absicht zu schaden“ ist. — Übrigens meint Castrensis, daß die *culpa latior* im Strafrecht kaum in Betracht komme, „quia non tendit ad decipiendum alium“, und ferner: weil ein bloßes Unterlassen vorliege²⁰⁾. Er übersieht hier die in den Quellen sich findenden

18) P. Castrens. I. D. v. de edendo, l. ubi exigitur. no. 2. „Dolus autem est duplex, scilicet verus, qui probatur ex indiciis et dicitur culpa latissima, et praesumtus, quando non facit id, quod etc.“

19) P. Castr. II. D. v. depos. l. si hominem.

20) P. Castr. Infort. (D.) soluto matrim. l. si mora, no. 13. „Hoc est regulare, quandoque quis non facit illud, ad quod faciendum tenetur...“

Fälle. An anderer Stelle behandelt er selbst einen solchen Fall: den der l. 12 D. de custod. reor. 48, 3; hier bemerkt er, daß der *custos carcerum* bei Flucht der Gefangenen, auch bei *culpa lata* gestraft werde, und meint, dies sei ein Fall, wo ausnahmsweise „in maleficiis culpa lata dolo comparatur“²¹⁾. Hier würde seine Unterscheidung von *culpa lata* und *latior* trefflich passen. Ihn stört offenbar der Ausdruck des Textes „nimia negligentia“. Den Vertretern eines rein formellen *dolus praesumptus* konnte dagegen dieser Ausdruck keine Bedenken erregen.

Auch die Auffassung des Paulus Castrensis über den *dolus praesumptus* wurde nicht verstanden²²⁾.

Über den Sinn der Unterscheidung des Baldus von *dolus praesumptus* und *praesumptive probatus* wurden von einigen der späteren Juristen verschiedene Vermutungen aufgestellt, wobei nur Felinus Sandeus das Richtige getroffen zu haben scheint. — Decian erwähnt bloß die Unterscheidung des Baldus, ohne weiter auf sie einzugehen²³⁾. — Menochius meint: richtiger als die Unterscheidung des Baldus sei immerhin noch die, daß *dolus verus* jeder vom Gesetz statuierte, „et si illum ex indiciis et conjecturis colligit“, *dolus praesumptus* aber der vom Richter aus nicht gesetzlich bestimmten Indizien

qui *dolus praesumptus* dicitur culpa latior; non tamen dicitur maleficium, ut ex eo possit quis criminaliter puniri, quia non tendit ad decipiendum alium; sed quando *dolus* committitur in faciendo et tendit ad deceptionem alterius, et sic est verus *dolus* et dicitur maleficium; et si non cadit in aliud nomen speciale, saltem cadit in nomen criminis stellionatus, et sic punitur extraordinarie.“

21) P. Castr. D. n. de cust. reor. l. milites.

22) Was Alex. Tartagnus Cons. I, 103 no. 13 sagt, bedeutet ganz was anderes. Er führt den Satz: „si quis non vult restituere vel solvere illud, quod potest, et etiam scit vel scire debet se restituere vel solvere debere“ u. die l. 8 D. mand. 17, 1 nur als Beispiele von Dolusindizien u. deshalb als Fälle von *dol. praes. an.*

23) Decian. I. cap. 3. de dolo no. 15: „Baldus i. l. si constante § si maritus i. fi. D. solut. matr. aliam commentus est divisionem: ut alius sit *dolus verus praesumptive probatus*, alias d. *praesumptus vere probatus*. Dolum enim verus potest etiam vere probari, puta per confessionem partis.“

entnommene Dolus sei. „Haec est plenior differentia, quam sit illa Baldi in l. si constante D. solut. matr. cum dixit: dolum verum aliquando vere probari, aliquando praesumtive; sic etiam dolum praesumtum aliquando vere, aliquando praesumtive“²⁴⁾. Er kann sich das garnicht erklären, weil er Baldus Codex-Lectura nicht kennt. — Farinacius erklärt: Baldus verstehe unter „dolus praesumtus respectu propriae essentiae seu qualitatis ipsius doli“ den Fall, „quando lex ex aliquo actu praesumit dolum, ut in l. quod N. . . ., ubi lex dolum praesumit ex eo, quod in rebus alienis non est quis sic diligens, sicut in suis“. Das ergebe sich aus Baldus, C. de pigner. act. l. quae fort., „licet non sit claris verbis significata“. Der Gedanke des Baldus liegt Farinacius also so fern, daß er ihn nicht versteht, obgleich er die erklärende Stelle kennt. Er meint, Baldus wolle zwischen dem durch „praesumptio hominis“ und dem durch „praesumptio juris“ festgestellten Dolus unterscheiden und nenne den letzteren „per essentiam et qualitatem“²⁵⁾. Dann führt aber Farinacius die Meinung des Felinus Sandeus an, der „alio modo dicta Baldi refert, . . . dixit Fely.: esse differentiam inter dolum praesumtum et dolum praesumtive probatum: nam dolus praesumtus designat speciem doli, dolus autem praesumtive probatus designat modum probationis. Et secundum hunc intellectum dolus potest dupliciter dici praesumtus, scilicet vel ratione essentiae, vel ratione probationum, prout dixit Baldus in l. quae fortuit“²⁶⁾.

Merkwürdiger Weise blieb die Lehre des Baldus von allen übrigen Schriftstellern ganz unbeachtet. Ein Zeugnis dafür, wie festeingewurzelte alte Schul-Begriffe selbst jedes Verständnis für eine andere Auffassung unterdrücken können. —

24) Menochius, de praesumt. V. praes. 3 no. 6—8.

25) Farinacius, de poen. temper. qu. 88 no. 21.

26) a. a. O. no. 24. Er zitiert: Fely. de praesumt. c. si autem no. 1. Er schließt: „Quae omnia (amice lector!) bene nota, quia sunt dicta magistralia et valde conferunt ad cognitionem terminorum et intellectum eorum, quae per Dd. in hac materia tractantur“.

§ 23.

d) Die culpa lata als reiner Dolus: „culpa lata versutiae“.

Im 16. Jahrhundert kommt mit dem neuen Aufschwung der Rechtswissenschaft auch die Frage der culpa dolo proxima wieder in Fluß. Durch die Humanisten wird die selbständige Quellenforschung angeregt und die Autorität der berühmten alten Lehrer und der communis opinio doctorum zurückgedrängt; die Glosse und die traditionellen Lehren der „Bartolisten“ werden strenger Kritik unterworfen. Alle aber, die sich mit der culpa dolo proxima ernstlich beschäftigen, halten, so sehr sie auch an der Bartolinischen Lehre Kritik üben, in der Hauptsache an dieser fest: sie sehen in der culpa dolo proxima überhaupt oder wenigstens in vielen Fällen mehr als bloße Culpa, sei es nun dolus praesumptus oder eine besondere Art oder Form des Dolus.

Wie schon erwähnt, kam Alciat auf Grund selbständiger Prüfung zum gleichen Resultat, wie Bartolus: culpa dolo proxima ist einerseits der höchste Grad der Culpa, andererseits gesetzlich praesumierter Dolus¹⁾.

Gründlich wurde diese Frage erst dann von der italienischen Doktrin wieder untersucht, als hervorragende ausländische Gelehrte sich ihrer bemächtigt hatten und mit neuen Gedanken und Gründen die Lehre des Bartolus kritisierten.

Allgemeine Beachtung auch in Italien gewann insbesondere Zasius, dessen Ausführungen in dieser Frage, von hervorragenden Juristen beifällig beurteilt, auch die Italiener wieder zur Behandlung der unter Bartolus Autorität ruhenden Streitfrage anregte. Da die Erörterungen meist mit Kritik oder Anerkennung an die Meinung des Zasius anknüpfen, so scheint es geboten, dessen eigenen Worten Raum zu gönnen, zumal da er in seiner Schrift „Intellectus singulares“ ausgesprochenenmaßen als Bekämpfer der „Bartolisten“ auftritt.

Zasius kritisiert zuerst Bartolus Einteilung der Schuld-

1) cf. oben § 21.

arten herb und oberflächlich²⁾. Er unterscheidet dagegen zwei Arten der culpa lata, die er „culpa lata ingnaviae“ und „culpa lata versutiae“ nennt. Die „culpa versutiae“ allein ist „dolo proxima“.

a) „Culpa ingnaviae est, quae supinam negligentiam refert, vel vitio naturae parum perspicacis, vel ex prava educatione contractam“. Sie ist der höchste Grad der Nachlässigkeit und sträflichen Irrtums. Sie ist wesentlich ein non intelligere, schließt Dolus aus, wird ihm nie gleichgestellt, sondern stets milder gestraft³⁾. — b) Dagegen: „versutiae culpa eorum est, qui ex versuto et malo proposito animoque perfido et exulcerato alienas vel res vel negotia affectata quadam improvidentia maligne vel negligunt vel dissimulant, cum in rebus suis sunt providi et diligentes“⁴⁾. Die culpa versutiae ist also Fahrlässigkeit aus List, mit List und Tücke verschleierte böse Absicht, Vorsatz unter dem Deckmantel des Versehens, der Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit. Sie ist also „dolus malus“. Das Hindernis, diese Fälle als Dolus zu bezeichnen, ist nur die Beweisfrage. Die Verschlagenheit, mit der die Absicht durch den Schein der Culpa verdeckt wird, ist so groß, daß der Dolus „manifeste“ nicht nachweisbar ist. Der Dolus ist nur ein präsuntiver⁵⁾. Es bleibt daher nichts übrig, als die unbestimmte Bezeichnung „culpa lata dolo proxima“ zu wählen, und diese thatsächlich dem Dolus gleichzubehandeln, denn beides ist das Gleiche: „a dolo non distat“. Denn welcher Unterschied ist es, ob jemand „manifesto dolo“ handelt, oder „sub culpa obliquo“ dolose sein Ziel

2) Zasius, Intellectus singulares, pag. 15. Außer der c. lata noch eine c. „latior“ zu unterscheiden sei unbegründet, die Glosse zur l. quod N. habe Recht: es stehe der Komparativ für den Positiv. Bartolus sei eben „purioris linguae insuetus“. cf. unten S. 170.

3) p. 15 u. 18 I. cf. unten § 26 u. 32.

4) a. a. O. p. 15.

5) Zasius, a. a. O. pag. 15. „Et qui versutiam sub neglectionis vitium ita subvolvunt, ut manifeste quidem doli crimen colore et velamine negligentiae a sese amoveant, doli tamen machinationem non careant; eo genere dissoluta fuit fidejussoris negligentia in l. si fidejussor (l. 29 pr.) D. mandati.“

erstrebt. Diese *lata culpa* ist dem *Dolus* so nahe verwandt („*cognata*“) und ihm so eng verbunden („*cohaeret*“), daß sie in den Quellen oft geradezu *Dolus* genannt wird, wie in der *l. quod N.* und *l. magna D. de V. S.*⁶⁾. Dieses darf man aber nicht so auffassen, daß *culpa lata* überhaupt in Wahrheit *Dolus* sei. Die Quellen sagen das vielmehr nur „*sub excessu rhetorico*“⁷⁾. Aus solchen Ausdrücken geht aber hervor, daß die Quellen die *culpa versutiae* als mit dem *Dolus* eng verknüpft ansehen und von ihm nicht trennen wollen, weil sie ihm „*prorsus similis*“ und „*connexa*“ ist⁷⁾. Von der *culpa ignaviae* wird sie in den Quellen stets deutlich unterschieden⁸⁾.

6) pag. 18, III. „*Licet ergo culpa versutiae velamento contegatur negligentiae, pari tamen jure cum justo dolo censebitur. Nam quid interest, an manifesto dolo machineris, an sub culpa obliquo ad dolum tendas? Vel quid differebat a doloso is fidejussor, qui sciens debitorem esse exceptione tutum solverat tamen, ut ei incommodaret? qui, etsi in manifesto dolo non fuerat, dissolutae tamen negligentiae nomine culpari meruit*“

7) p. 18, III. „*Quod tamen non intelligas, ut lata c. vere sit dolus. Hoc enim esse non potest, cum dolus justam et manifestam imposturam inferat, at l. c. sub velamento negligentiae fraudem subvolvat, ... sed sub excessu rhetorico l. c. dolus nominatur. . . . Ex eo hyperbolo invicte colligitur Ictum latam culpam versutiae dolo inseparabiliter connectere voluisse. . . . evinco eam culpam dolo prorsus similem et connexam ab eo non separari*“.

8) pag. 15. Von der *c. l. ignaviae* sei die Rede in *l. 213 § 2 D. de V. S.* u. *l. 6 D. de jur et f. ignor.* 22, 6. — Von der *l. c. versutiae* in *l. 29 pr. D. mand.* 17, 1. Beide werden vom Gesetz ausdrückl. auseinandergehalten in ff. Fällen: in *d. l. 23 § 2 [u. 3] D. ad SC. Treb.* 36, 1, wo *c. l. dolo proxima* u. „*c. l. quae a dolo absit*“ unterschieden werden. In *d. l. 24 § 5 D. solut. matr.* 24, 3, wo die gleichrücksichtslose Behandlung der eigenen und dotalen Sklaven der unterschiedlichen für die dotalen ungünstigen Behandlung durch den Ehemann entgegengestellt werde. Ebenso werde *l. 1 § 1 D. si mensor* 11, 6 die große Nachlässigkeit v. der *c. dolo prox.* unterschieden. In *l. 3 § 18 u. l. 4 D. de susp. tutor.* „*differentia clare probatur*“. Endlich in *d. l. quod Nerva*. Zasius hat die *l. b. N.* (32 *D. depos.* 16, 3) ausführl. glossiert: *Intell. j. sing.* pag. 24 f. „*Glossae in l. q. N. D. dep.*“ glo. h. praestet. Er bemerkt: „*Notandum ergo, quod haec lata c., quae fraude non caret, hic clare distinguitur, quod haec dolum repraesentat, illa a dolo remota est*“. Ferner: *Glo. K.* „*salva fide*“: „*Salva est depositarii fides, si parem in re deposita, quam*

Daher wird die culpa versutiae dem Dolus stets gleichgestellt, und zwar auch in Kriminalfällen, ausser wo das Gesetz das ausdrücklich verbietet (l. Corn. de sic). In den Beispielen der l. Cornelia de sic (l. in lege D.) ist aber überhaupt nur von der culpa ignaviae die Rede⁹).

in suis rebus curam adhibet, etiam si sit culpatissime negligens Voluit ergo totus hic text. depositarium, si is res depositas et suas curet, etiam si negligenter curet, fraude carere, quae est l. c. desidia; sin in propriis diligens sit, non ita in alienis, sed in eis negligenter versetur, fraude non carere, adeoque incidere in l. c. versutiae, ut sic duo illa genera latae culpae ex nostro text. manifeste colligantur“.

9) cf. Intell. sing. pag. 22 f. Was die Gleichstellung der c. l. versutiae mit dem Dolus in Kriminalfällen anlangt, so meint Zasius, es sei kein Grund vorhanden, das Verbot der Gleichstellung in der l. Cornelia de sic. auch auf alle übrigen Kriminalgesetze zu beziehen. In vielen Fällen werde vielmehr in den Quellen auch ausdrücklich die c. dolo prox. mit Capitalstrafe belegt. So z. B. werden in der l. 28 § 3 D. de poen. 48, 19 junge Leute, die „non ex dolo manifesto, sed ex quadam petulantia“ Unruhe stiften, mit Körperstrafe bedroht. In l. 3 § 4 D. Cor. de sic. 48, 8 wird der mit dem Tode bedroht, dessen familia mit seinem Wissen von ihm ungehindert jemandem durch Waffengewalt den Besitz streitig macht, was nur „culpa lata“, aber „dolo proxima“ sei. Ebenso derjenige, „qui hominem libidinis vel commercii [so Zas. statt promercii] causa castravit“, denn, sagt Zasius: „in eo facinore dolus ut dixi abfuit: nam commercium in causa fuit, ut castrati efficerentur preciosiores. Libido vero perpulit, ut pueri imberbes et molles delectarent: quod ipsum, quia ex libidine processit, dolo caruit, lata culpa non caruit“. Wenn Zasius hierin c. l. versutiae also verschleierten dolus malus sieht, so ist das eine sehr gewaltsame Auslegung! — Ferner führt er eine Reihe militärischer Verbrechen an, die auch bei c. l. capitaliter gestraft werden: l. 14 D. de poen. 48, 19: wenn ein Soldat die Schauspielkunst ausübt, oder sich willig gefangen nehmen läßt; l. 4 § 1 ff. D. de re milit. 49, 16: wenn ein Deportierter sich wieder in den Militärdienst aufnehmen läßt; l. 5 § eod. wenn ein Kriegsgefangener, obwohl er könnte, nicht zurückkehrt; l. 6 § 1 ff. Widerspenstigk. gegen Vorgesetzte, wer zuerst aus der Schlachtreihe flieht. Ferner l. 12 D. de cust. reor. 48, 3. — Nach Baldus soll der Richter, der pendente appellatione das Urteil vollstrecken läßt, mit dem Tode bestraft werden nach l. 7 § 3 D. ad l. Jul. repetund. 48, 11 und Zasius sagt: „et poterit tamen iudex sub affectata ignorantia et sui magistratus tegumento doli crimen contegere“. (pag. 22.) Daher sagt Zasius: „loquimus de l. c., quae dolum referat, et tunc, si crimen ejus esset naturae, in quo et lata c. et dolus contrahi possent, intrepide dico: in poenis corporalibus imo et in capitalibus latam culpam, quae sit dolo proxima,

Zasius Meinung ist demnach die: die *culpa lata versutiae* ist *dolus malus*. Die Quellen aber fassen sie wegen der Beweisschwierigkeit nicht als wahren Dolus auf, behandeln aber thatsächlich beide in der Regel gleich.

Von seiner Unterscheidung zwischen *culpa ignaviae* und *versutiae* sagt Zasius: dieser Unterschied sei merkwürdigerweise weder von Accursius, noch von den anderen Doktoren erkannt worden und liege doch so auf der Hand¹⁰⁾. Er wendet sich sehr scharf gegen die „Bartolisten“, die Bartolus wie eine Gottheit verehrten und dessen irrtümliche Lehren „per fas et nefas“ verteidigten, unbekümmert darum, ob sie den offenbaren Quellentext verdrehen, oder ihm direkt widersprechen, wenn sie sich nur rühmen könnten den Bartolus verteidigt zu haben. Der Bartolisten wegen habe er diese Frage so breit behandeln müssen.

Wenn man Zasius Ausführungen mit der Bartolinischen Doktrin vergleicht, so fällt zweierlei auf: 1) die wesentliche Übereinstimmung beider in der Hauptsache; 2) die Verkennung dieser Thatsache durch Zasius und seine Unkenntnis der von ihm so scharf kritisierten Doktrin. Wenn Zasius bei seiner Kritik der Bartolinischen Einteilung der Schuldarten die Unterscheidung der „*culpa latior*“ als *dolus praesumptus* von der „*culpa lata*“ als *nimia negligentia*, verwirft, „weil sonst kein Dolus für die *culpa lata* übrig bleibe“, so ist das sehr oberflächlich und eine grobe Verkennung des Sinnes der Lehre des Bartolus¹¹⁾. Dieser nennt ja eben die *culpa lata*, die Dolus zu sein scheint, „*culpa latior*“. Nach ihm sind zwei Arten der *culpa lata* zu unterscheiden, von denen die eine verschleierte Dolus zu sein scheint und deshalb als *dolus praesumptus* aufzufassen ist. Was anderes sagt auch Zasius nicht,

dolo comparari“, denn: „*c. l. dolo prox. a dolo separari non posse.*“ (pag. 23.)

10) a. a. O. pag. 15.

11) Zasius, pag. 15 „... si enim latissima culpa verum dolum, latior praesumptum occuparet, quid latae culpa relinqueretur? quem dolum lata culpa referret? Si nullum dicis, textibus juris oppugnaris . . . , si aliquem jam tuam ipse distinctionem confundis.“

denn seine culpa versutiae ist verschleierter Dolus, der manifeste als solcher nicht nachweisbar ist, also doch dolus praesumptus. Diese Bezeichnung vermeidet Zasius wohl, um kein „Bartolistisches“ Schlagwort zu gebrauchen. Von den Quellen sagt er: sie betrachten diese culpa versutiae nicht als wahren Dolus, sondern stellen sie ihm nur gleich, weil eine dolose „machinatio“ nicht zu leugnen sei. Also kurz und klarer mit Bartolus ausgedrückt: die Quellen sehen darin einen Fall, wo der Dolus zu präsumieren ist. Zasius selbst schildert diese Fälle aber als reine Dolusfälle, und zwar sehr einseitig als Fälle gerade der schlimmsten Art des Dolus, der ver verschlagensten Tücke, die dann der Grund der Beweifsschwierigkeit ist. In Folge dessen lassen sich viele auch von ihm angeführte Fälle der culpa dolo proxima kaum unter seine culpa versutiae stellen. Denn die Beweifsschwierigkeit erhebt sich in diesen Fällen oft gar nicht in Folge der verschlagenen List, und weil der Dolus verschleiert ist, sondern weil der Dolus gerade in sehr milder Form erscheint, aus weniger verwerflichen oder an sich sogar guten, und deshalb verständlichen Motiven hervorgegangen ist, und darum dem Zweifel, ob wirklich Dolus und nicht vielmehr bloß Unbedacht vorliege, Raum geschafft wird. Der dolus praesumptus des Bartolus paßt auf alle diese Fälle, Zasius „culpa versutiae“ nicht. — Wenn Zasius der Bartolinischen Doktrin vorwirft, daß sie ganz allgemein in Kriminalfällen die culpa lata dem Dolus nie gleichstelle¹²⁾, so vergiftet er wieder, dass die herrschende Meinung mit Bartolus eben jene Fälle, wo nach den Quellen eine Gleichstellung möglich erscheint, zur culpa latior rechnet, wie er sie zur culpa versutiae. Diejenigen aber, welche der Bartolinischen Lehre nicht folgen, wie Salicet und Angelus, stellen dagegen in einer Reihe von Fällen die culpa lata auch in criminalibus dem Dolus gleich¹³⁾. Zasius kennt eben die italienische Doktrin nicht und kritisiert sie also ganz falsch, denn Bartolus und die Bartolisten sprechen gerade von diesem Unterschied; von der bemer-

12) pag. 22.

13) cf. unten § 32.

kenswerten Untersuchung des Baldus, den er spöttisch „numen legistarum“ nennt, weiß Zasius nichts.

Zasius unterschätzt Bartolus und die italienischen Juristen. Er war sich bewußt, auf einem höheren wissenschaftlichen Standpunkte zu stehen, er teilte den blinden Autoritätsglauben nicht und suchte den Schlüssel zu allen Fragen bei den Quellen selbst, und so schien es ihm nicht der Mühe wert, den Bartolus zu studieren, den er mitleidig „iste bonus vir“ nennt. Gerade in dieser Frage sind Bartolus und Baldus ebenso selbständige Quellenforscher und Denker, wie Zasius. — Zasius hat unter den Titel seines Werkes „Intellectus singulares“ den Satz gesetzt: „Antequam totam rem legeris et exquisite discusseris, judicare nolito!“ Dieser Forderung glaubte er selbst gegenüber den „Bartolisten“ entbunden zu sein.

Die Unterscheidung und Auffassung des Zasius wurde von einem Teil der italienischen Juristen akzeptiert.

So findet Cagnolus darin die beste Lösung aller Meinungsverschiedenheiten. Er unterscheidet die „culpa lata verutiae et maliciae“ von der „culpa lata desidia et negligentiae“. Er meint, es sei nichts Sonderbares, daß die culpa lata in vielen Fällen als Dolus betrachtet werde. Wenn es von ihr heiße „proximam dolum esse“ oder „prope dolum“, wie in der l. 29 pr. D. mandati 17, 1, l. 23 D. ad. Sc. Trebell. 31, 1 oder l. 1 § 2 D, si quis testam 47, 4, oder wenn sie in der l. quod N. und l. magna (226) D. de V. S. geradezu Dolus genannt werde, so sei in diesen Fällen die culpa lata eben dem Dolus so nahe verwandt und verbunden, „dolo adeo cognata eique cohaerens“, daß sie sich kaum von ihm unterscheiden lasse¹⁴). Dolus bezeichne, sagt Cagnolus „manifestam imposturam fraudemque evidentem“, jene „magna“ oder „lata culpa“ dagegen „fraus sub negligentiae desidiaque nomine et velamento“. „Quid enim interest, an manifesto dolo machineris, an sub culpae clipeo ad dolum tendas?“ Man könne daher mit Recht, wie Barto-

14) Cagnolus, de reg. jur. l. (23) contractus no. 2 u. 3.

lus u. a., von einem dolus praesumptus sprechen¹⁵⁾. Das verstehe sich aber nur von den bestimmten Fällen der „culpa versutiae et maliciae“, nicht von denen der „culpa lata ignaviae“, die er beide mit den Worten des Zasius umschreibt¹⁶⁾. Mit dieser Unterscheidung löse sich auch die Streitfrage über die kriminelle Bestrafung der culpa lata. Die culpa versutiae werde stets wie Dolus gestraft, die culpa desidiae nie¹⁷⁾.

Celsus Bargalius handelt in seinem „Tractatus de dolo“ ausführlich von der culpa dolo proxima und macht die Ansicht des Zasius zu der seinen¹⁸⁾. Die culpa lata, sagt Bargalius, wird in den Quellen als lata negligentia definiert. Er glaube aber, sie richtig so umschreiben zu müssen: „lata culpa est simulata aut vera alterum laedens supina ignorantia vel negligentia“¹⁹⁾. Denn sowohl der höchste Grad wirklicher Culpa, als auch die bloß geheuchelte Unwissenheit oder Nachlässigkeit, werde in den Quellen lata culpa genannt, wie Zasius nachgewiesen habe. Sie sei daher kein einheitlicher Begriff, sondern bezeichne zweierlei: den höchsten Grad der Culpa, „culpa ignaviae“, und eine Dolusart, „culpa versutiae“²⁰⁾. Die letztere werde auch oft in der Dolusbezeichnung einbezogen²¹⁾. Mit ganz treffendem Bilde zeichnet Bargalius

15) Cagn., a. a. O. no. 5: „merito igitur dolus praesumptus dici potest propter fraudem in se contentam, l. q. N. ubi Bartol. et alii et l. quaesitum (l. 8 § 3) D. de precar. 43, 26. — Culpam autem dolo prox. merito contineri ait, propter enim praesumptam fraudem censetur et praesumitur dolus. Quid enim a doloso differt is fidejussor, qui sciens debitorem esse exceptione tutum ex causa fidejussionis solverit? . . . In lata c. et dolo praesumpto censetur esse“.

16) a. a. O. no. 7 u. 8.

17) no. 10 u. 11. cf. unten § 32.

18) Bargalius, de dolo V cap. 1 u. 2.

19) a. a. O. V cap. 2 qu. 1.

20) a. a. O. qu. 2 no. 2—5. — Dafür, daß l. c. versutiae Dolus sei, führt er (no. 18 u. 20) an: l. 1 D. si mensor fals. m. 11, 6; l. 1 § 3 D. de minor. 4, 4; l. 3 § 1 D. naut. caup. 4, 9 („quia in depos. dolus dumtaxat praestatur“); l. 23 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36. 1; l. 7 § 1 D. de susp. tut. 26, 10; l. 8 § 3 D. de precar. 43, 26.

21) no. 48: „Exempla c. l. versutiae sub doli vocabulo: l. 8 § 9 f.

den Doluscharakter der culpa versutiae: „quis vero ambigat fidem non modo ex dolo, sed ex lata quoque culpa frangi; parvi enim refert rem depositam justo dolo interverterim, an simulata aliqua negligentia conniventibus oculis patiar auferri“²²⁾. Im Übrigen hält er sich ganz an die Ausführungen des Zasius, die er meist wortgetreu wiedergiebt²³⁾. Die Schuldlehre des Bartolus kritisiert er in gleicher Weise wie Zasius²⁴⁾, und führt für die „aurea distinctio“ von „culpa lata ignaviae und versutiae“ auch Sylvester Aldobrandi und Jodocus Damhouder an²⁵⁾. Neue selbständige Gedanken finden sich bei ihm nicht.

§ 24.

e) Die culpa dolo proxima als Dolus indizierende culpa lata.

Die Lehre des Zasius hat bedeutenden Einfluß geübt, insbesondere seine bittere Kritik der Bartolinischen Unterscheidung von „latior“ und „lata“ culpa. Diese wurde von vielen neueren Gelehrten verworfen, dabei aber nach Zasius die Fälle der culpa lata, teils als reine Dolusfälle eigentümlicher Gestaltung (nicht Art), teils als Fälle reiner Culpa aufgefaßt. Decian nennt als Gegner des Bartolus, die aber selbst unter sich nicht einig seien, außer Zasius u. a.: Alciat, Igneus, Syllanus und COUNA (Commentar. jur. VII. c. 4.), der Bartolus Lehre lächerlich finde.

Angeregt durch Zasius behandelt Decian die Frage der culpa dolo proxima sehr ausführlich und gründlich. Er wird Bartolus gerecht und übt an der Lehre des Zasius ebenso sachliche, wie treffende Kritik. Seine Arbeit ist das beste und

D. mandati 17, 1; l. 44 eod. („Dol. est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, aut si quis nolit, quod exegerit solvere“); l. 8 § 3 D. de prec. l. 1 § 2 D. si quis testam. 47, 4; l. 1 D. si mensor. 11, 6; l. 1 § 9 u. 10 und l. 32 D. depos.; l. 23 D. de R. J. l. 11 D. incend. 47, 9 u. a. Als Kriminalfälle die v. Zasius zitierten.

22) cap. 2 no. 39.

23) cap. 2 no. 1—5, 36 ff., 45—50.

24) cap. 1 no. 17—19.

25) cap. 2 no. 2. — cf. aber S. 179 über Damhouder.

klarste Werk der italienischen und überhaupt der ganzen älteren Doktrin über culpa lata der Quellen¹⁾).

Decian kritisiert die Einteilung der Schuldarten durch Bartolus als eine bloß graduelle, die zwar „doctrinae gratia“ bequem und nützlich sein könne, aber den Quellen nicht entspreche und jedenfalls überflüssig sei. Die Accursische Unterscheidung von culpa lata und levis genüge. In den Quellen finde sich eine Unterscheidung von culpa „lata“ und „latior“ nicht. In der l. quod Nerva bezeichne „latior“ dasselbe, wie sonst „lata“²⁾. Über die lata culpa der Quellen führt er dann Folgendes aus.

Lata oder latior culpa ist die Schuldart, die Ulpian als „nimia negligentia“ bezeichnet, „qua quis non intelligit, quod omnes intelligunt“, und von der Paulus sagt: „latae culpa finis est non intelligere“³⁾. Diese lata culpa wird „dolo proxima“ genannt, denn sie scheint oft dem Dolus so nahe zu stehen, daß sie dann als wahrer Dolus behandelt wird, wie in der l. quod N. und l. 1 § 5 D. de oblig. et act. 44,7⁴⁾, und andererseits oft in der Bezeichnung Dolus mitbegriffen scheint, selbst da, wo bei dolus „solum“, „tantum“, „dumtaxat“ steht⁵⁾. Weil aber culpa lata in Wahrheit Dolus nicht ist, sagen die Quellen in solchen Fällen bloß: „latam culpam dolo esse proximam“. Denn Dolus setzt „animum intellectu constantem, certum ac sibi optime conscium et ad nocendum paratum“ voraus; dagegen bezeichnet lata culpa nur „animum simpliciter negligentem et dissolutum ac imprudentem nulla praecedente nocendi intentione“. Nur wenn diese negligentia unter Umständen so außerordentlich groß ist, daß sie gesucht und erheuchelt, „quaesita et affectata“ erscheint, nimmt das Gesetz aus Vorsicht an, daß diese verdächtige Fahrlässigkeit nur Vorwand sei und daß fraus und dolus vorliege, und stellt sie dem Dolus

1) Decian, Tractatus criminalis. Lib. I cap. 6.

2) a. a. O. no. 7—9.

3) no. 10.

4) no. 12 u. u. 13: „ . . . adeoque proxima, ut saepe etiam pro ipso dolo accipiat ut . . . l. q. N. und l. 1 § 5 D. de obl. dicitur: magnam quoque negligentiam placuit in doli crimen cadere“.

5) no. 14.

gleich, damit Lug und Trug der Deckmantel und die Gelegenheit genommen werde⁶⁾. Die Quellen kennen also nur eine *culpa lata* und nennen sie dann *dolo proxima*, wenn es in gewissen Fällen nicht sicher ist, daß nicht List und Trug dahinter stecke. Wenn dagegen die verschleierte Absicht und die Heuchelei am Tage liegt, wird überhaupt nicht von *culpa lata* oder *dolo proxima* gesprochen, sondern von *Dolus*⁷⁾. Vergebens, meint Decian, hat daher Zasius („*elegans Jctus et acuti ingenii vir*“) versucht, zwei Arten der *culpa lata* nachzuweisen: *culpa versutiae*, die „*dolo proxima*“ sei, und *culpa ignaviae*, die „*non proxima*“ sei. Denn seine „*culpa versutiae* ist überhaupt keine *Culpa*, sondern „*malicia, machinatio, fallacia*“, also reiner *dolus malus*⁸⁾. Die von Zasius angeführten Quellenstellen beweisen die von ihm aufgestellte Unterscheidung nicht. Die l. 29 pr. D. mand. 17,1 spricht nicht von einer „*versuta*“, sondern von einer „*dissoluta negligentia*“. Die „*versutia Zasianae*“ aber bedeutet einen listig verschlagenen Sinn, „*callidum multisque dolosis plicis ac meandris complicatum et colligatum variis laqueis ingenium*“, nicht einen sorglosen, zerstreuten, „*dissolutum*“, wie ihn der Blöde oder Dumme zeigt. Ebenso spricht die l. 23 § 3 D. ad Sc. Trebell. 36, 1 von der *lata culpa*, die im Gegensatz zur *levis culpa* immer *dolo proxima* ist. Was die l. quod. Nerva („*clavis hujus materiae*“) anlangt, so kann Decian nicht einsehen, wie Zasius in dieser lex eine zweifache Art der *culpa lata* unterscheiden will. Decian sagt: es giebt nur zwei

6) no. 16. „*Verum quia adeo crassa et supina est ea negligentia, ut quaesita et affectata videatur, et ideo conjuncta maliciae, cum raro id eveniat, ut quis sit adeo stupidae mentis, ut non intelligat, quod omnes intelligant, ideo vix crediderunt leges dissolutam hanc et intolerabilem negligentiam fraude ac dolo carere. Quare, ne detur fraudibus ac maliciis hominum occasio, cautum est, ut haec culpa aequae ac dolus vindicetur, ut discant homines expurgisci et tam stolidam desidiam excutere.*“

7) no. 19. „*Unicus tantum est gradus latae culpae a Jctis consideratus, quando scilicet in ea dolum, versutiam et calliditatem intervenisse certi non sumus Si . . . apparet studium et affectationem animi intercessisse, ... non dicitur lata c., . . . sed et ipse dolus.*“

8) no. 17.

Auffassungen. 1) Entweder nimmt man an: Celsus und Nerva haben den Fall im Auge, wo jemand „callide et versute“ die auf die eigene Sache angewandte Diligenz der fremden gegenüber unterläßt, um dem Herren derselben zu schaden. Dann ist von Culpa nicht die Rede, sondern von wahrem Dolus. (Diese Auffassung hält Decian für die richtige)⁹⁾. — 2) Oder man nimmt an (wie die gemeine Meinung), daß der Text von der lata culpa rede, die nicht Dolus, aber in diesem Falle dolo proxima ist, also Dolus zu sein scheint¹⁰⁾. — Decian meint also: die culpa versutiae des Zasius fassen auch die Quellen stets als Dolus auf und nennen sie auch so (wie Nerva und Celsus). Nur bei bloßem Verdacht des Dolus reden die Quellen von lata culpa dolo proxima¹¹⁾. Decian schließt: „. . . . (adeo ut) in hac tandem conclusione resideam, latam culpam eam censerī, in qua non potest esse certus iudex, quod dolus intercesserit, sed potest tantum suspicari, atque ideo dolo proxima appellatur; eam autem, in qua scimus malam fidem intercessisse, dolum esse, non latam culpam“¹²⁾.

Nach Decian ist also die Bezeichnung „dolo proxima“

9) no. 18. „Aut enim vult [Zasius] Nervam et Celsum intellexisse de eo, quod callide et versute omittit in alienis rebus eam diligentiam, quam solet in rebus suis praestare, ut domino noceat (prout ego vero puto eos intellexisse), et tunc vere puto dolum esse et fraudem, neque ego hanc negligentiam dicam dolo proximam, sed ipsum dolum, neque dicam eam culpam esse, quamquam in negligendo consistat, sed verum dolum dolose fidem promissam negligit, ... et isto casu non probat text. hoc factum culpam esse, sed dolum, et ita puto intelligendum text. illum.“

10) no. 18: „Aut vero vult Zas. legem illam intelligere, prout communiter ab omnibus intelligitur, quod ibi loquatur de culpa, quae non sit dolus, sed dolo proxima, ut si non adhibeatur ea diligentia in alienis, quae in suis“.

11) no. 19. „Fateor enim cum Zasio: posse quidem culpam intercedere latam, quae vere ex versuto et doloso animo proveniat, — et culpam, quae non ex proposito, sed ex mera negligentia quantumvis magna, nulla versutiae labe sit infecta; sed nego apud Ictos primam speciem appellari latam culpam aut dolo proximam, sed verum dolum.“

12) no. 19 Schlufs.

eine prozessuale. Ob *Dolus* oder *culpa lata* vorliegt, betrachten die Quellen als *quaestio facti*, weisen aber wegen dringenden Verdachts der Verstellung den Richter an, die betreffenden Fälle bis zur Beseitigung dieses Verdachts wie *Dolus* zu behandeln.

Durch Decians Ausführungen wurde die Meinung des Zasius, die *culpa dolo proxima* sei *dolus malus* unter dem Deckmantel der *Culpa*, wieder zurückgedrängt und die Auffassung des Bartolus im Wesentlichen bestätigt.

So führt Menochius bei Besprechung des Unterschiedes von *dolus verus* und *praesumptus* die Lehre des Bartolus bei der l. q. N. billigend an. Ein präsumtiver *Dolus* liegt nach ihm vor: „quando quis non facit, quod pro sui officio et munere facere tenetur“¹³⁾.

Bei Farinacius finden sich alle Meinungen angedeutet. Er selbst folgt der Bartolinischen Doktrin und Decian. Die *culpa latior* der l. quod N. faßt er als gesetzlich präsumierten *Dolus* auf¹⁴⁾. Auch Baldus habe mit dem Ausdruck „*dolus praesumptus respectu propriae essentiae*“ nur gesetzlich präsumierten im Gegensatz zum im Prozeß präsumierten *Dolus* bezeichnen wollen. Doch führt er die Erklärung des Felinus Sandeus, daß eine besondere *species doli* gemeint sei, als beachtenswert an¹⁵⁾. — Ein Beispiel der *culpa lata* als *dolus praesumptus* behandelt Farinacius in einem Consil. Bei grober Vernachlässigung der Amtspflicht, sagt er, bestehe eine *praesumptio juris* für *Dolus*. So in der l. 7 § 2 D de adm. tutor. 26, 7. Beim Tutor werde schon *Dolus* präsumiert, wenn er etwas zu der ihm bekannten Pflicht Gehöriges unterläßt, denn: „non faciens id, quod ad sui officii debitum spectat, dicitur in dolo“¹⁶⁾. — Er führt auch die Lehre des Zasius an, billigt aber Decians Kritik: die *culpa versutiae* des Zasius sei reiner *dolus malus*¹⁷⁾. Nach den Beispielen der

13) Menoch. d. praes. V. pr. 3 no. 5 ff. u. 66.

14) Farinacius, de poen. temper. qu. 88 no. 21 u. 60 ff.

15) a. a. O. no. 21 ff. cf. oben § 22 am Ende.

16) Farinac. Cons. I. 87 no. 8.

17) a. a. O. qu. 88 no. 68 u. 69. Vorher: qu. 87 no. 60: sagt er

Quellen sei lata culpa ihrem Begriff nach immer nur „nimia negligentia“, mag sie auch in gewissen Fällen, z. B. die „culpa latior“, einen dolus praesumptus darstellen, man dürfe sie daher nicht im allgemeinen so nennen¹⁸⁾. Wenn er dies speziell gegen Alciat richtet, so hat Farinacius die Stelle des Alciat übersehen, wo er die lata culpa, die einen dolus praesumptus darstellt, von der, die nimia negligentia ist, unterscheidet¹⁹⁾.

Als Resultat ergibt sich, daß die italienische Doktrin bis zum 17. Jahrhundert im Wesentlichen die Lehre des Bartolus festgehalten hat. Auch im Auslande ist sie nicht von der Herrschaft verdrängt worden. — Damhouder sieht in der culpa lata einen einheitlichen Begriff, und in den Fällen der culpa dolo proxima nur eine gesetzliche Doluspräsumption, nicht, wie Bargalius meint, stets Fälle des verschleierte dolus malus²⁰⁾. — Zweifelhaft erscheint, ob Covarruvias die Meinung seines Freundes Zasius teilt. Er erwähnt sie nur bei-

allerdings, die Regel „c. l. dolo non aequiparatur“ beziehe sich nur auf die „l. c., quae provenit ex ignavia“, nicht auf die „l. c., quae provenit ex versutia et malicia.“ Er verweist auch hier auf Decian.

18) qu. 88 no. 70 u. 75. In qu. 87 no. 16 stellt er die bekannten v. Decian u. Zasius angeführten Quellenstellen zusammen zum Beweise, daß lata c. „quandoque in jure pro dolo“ genommen werde.

19) cf. oben § 23.

20) Jodoc. Damhouder, Pract. rer. crimin. Cap. 85 de homicid. casual. no. 10. „Lata culpa est non intelligere, quod omnes intelligunt, non facere, q. om. f., aut major pars, vel id facere, q. nulli vel pauci f., i. e. cum astute et ex simulatione peccat, ut cum suis commissis peccatis praestruit non esse moris, non se scivisse, non intellexisse aliquid, quod tamen usu est receptissimum, quodque sciverat certissime et omnium optime cognovit et intellexit, aut saltem scire et intelligere debuerat.“ Wenn ein Dachdecker Ziegel herabwirft, ohne zu warnen, so hilft es ihm nichts, wenn er behauptet, er habe nicht gewußt, daß man rufen müsse; „sed per latam culpam reus sit omnium malorum Quandoquidem eas leges et consuetudines certo cognovisse debuerat, quas fere norunt omnes. Ideoque hanc latam culpam malum dolum aestimant, quod dolo malo pene in omnibus sit consimilis“. Er zitiert: l. 1 § 1 D. si mensor, l. 8 § 3 D. de precar. u. die l. quod N. und verweist auf Bartolus: „et ibi Bartol. ac ejus sequaces.“ „Fallit haec similitudo in criminibus publicis (l. Cor.).“ C. lata

läufig. Covarruvias sagt: wo *Dolus* ausdrücklich vom Gesetz bei der Strafe vorausgesetzt wird, genügt *lata culpa* nicht, denn sie ist nicht *Dolus*. Er zitiert hier Bartolus zur l. quod N., und fügt dann hinzu: „Nec obstant, quae contra hanc communem adducunt Decian et late Zasius. Illa enim intelligenda sunt, quando *lata culpa* *versutiam* prae se fert, et ita *dolum* admixtum habet, ut constat ex adductis per eundem Zasium“²¹⁾. Hieraus läßt sich jedoch noch keineswegs entnehmen, daß Covarruvias die Fälle der *culpa dolo proxima* stets als „*versutia*“ ansah. Der Hinweis auf Bartolus spricht dagegen. — Sehr vorsichtig und unbestimmt äußert sich Cujacius. Er hält sich im Gegensatz zu Bartolus und Baldus allzusehr an den Buchstaben der Quellen. Bald scheint er die Ansicht der Glosse, bald die des Bartolus zu vertreten. Zur l. 213 D. de V. S. bemerkt Cujacius: obgleich die *culpa lata* oft „*dolo proxima*“ genannt werde, und die Quellen sagen „*dolum* representare“ und „*dolum* esse“, so sei sie nicht *Dolus*, sondern „*nimia negligentia*“, d. h. „*summa et soluta incuria*“; sie sei nur „*prope dolum*“. Das beweise das Beispiel in der l. Cornelia de sic.²²⁾. An anderer Stelle sagt er: „*lata culpa* est, si quis rem alienam non servat aeque ac suam“, und verweist auf die l. quod N.²³⁾. Zur l. 11 D. de probat. et praes. 22, 3 bemerkt er: Celsus beantworte die Frage, ob die Beamten für „*lata culpa*, quae doli faciem habet“, gleichwie für *Dolus* haften? mit Ja, „nam *lata culpa* *dolus* est; in deposito venit tantum *dolus*, at constat venire etiam *latam culpam*: ut si quis curam non habeat rei depositae ad suum modum; (trotzdem schließt Cujacius:) non est quidem *dolus*, sed *lata culpa proxima dolo*, quae venit

ist also *Culpa*, in manchen Fällen wird aber wegen Verdachtes bloßen Vorwandes *Dolus* präsumiert.

21) Covarruvias, Epitome in VI. Decretal. lib. cap. 6, § 8 no. 36. (Op. omn. Tom. I, pars. II.).

22) Cujacius, Com. ad l. 213 D. de V. S. 50, 16. (Opera: T. VII. col. 599 E.). cf. auch C. de commod. 4, 23 (Op. IX. c. 270, E) „*culpa dolo proxima i. e. lata, nimia, dissoluta*“.

23) Cuj. ad C. pro socio 4, 37 (Op. IX. c. 333, B).

in actionem depositi“²⁴). An anderen Stellen sagt er dagegen einfach: „lata culpa vulgo praesumitur esse dolus“ und „lata culpa est dolus praesumptus“²⁵).

Bedeutender sind die Ausführungen des Donellus, der an einer Stelle der Ansicht des Baldus nahekommmt²⁶), an anderer die Decians vertritt²⁷). — Lata culpa, sagt Donellus, ist begrifflich Culpa. Einmal ist sie die Verletzung der diligentia quam suis rebus, Nachlässigkeit trotz Kenntnis der Gefahr, wie die Vorsorge des Nachlässigen für die eigene Sache beweist²⁸). Zweitens ist culpa lata „non intelligere, quod omnes intelligunt“, und dann bewusste Fahrlässigkeit („sciat . . . periculum“), oder die größte Gedankenlosigkeit („ignoret“), eine Gleichgültigkeit, bei der es zweifelhaft ist, ob sie bloß ein Nicht-Wissenwollen („noluit scire“), oder aber geheucheltes Nichtwissen („simulat se ignorare“) dessen ist, was alle sonst einsehen und wissen²⁹). In beiden Fällen ist die culpa lata als höchster Culpagrad „dolo proxima“, wird vom Recht dem Dolus thatsächlich gleichgestellt und in den Quellen heisst es nur: „dolo comparari“. Trotzdem heisst es an einigen Stellen: „dolum esse“³⁰). Wie erklärt sich der Widerspruch, dafs diese

24) Cuj. ad l. 11 D. de prob. 22, 3 (Op. VII. col. 855 D.).

25) Cuj. Com. i. lib. IX. Pauli ad Edict. ad l. 41 ad l. Falc. (Op. V. col. 133, D.).

26) Donellus, Com. de jure civ. Lib. XVI. cap. VII. no. 4—10 (Op. om. Tom. IV); (hernach cit. „J. c.“).

27) Donell. Com. i. Cod. Just. Tit. 34 depositi. l. 1 si in cursu. no. 9—20 (cit. „C.“).

28) Donell. J. c. no. 4—6 u. C. no. 14. „ . . . si propter metum ejus periculi abstulit res suas, . . . res autem depositas in villa reliquit, cum haberet satis spatii ad eas quoque transferendas. . . “ no. 15: „ex his apparet l. c. revera dolum non esse . . . “

29) J. c. no. 7: „Altera latae culpa nota est, non intelligere, q. o. int. . . . Id hanc significationem habet, ut si quis quid fecerit, ex quo certum periculum immineat et quod omnes sensu communi praediti intelligent imminere, id lata culpa sit, sive sciat id periculum subesse, sive ignoret. Nam si scit, vere culpa est dolo proxima, quam latam esse constat, si ignorat, hoc ipso etiam l. c. est, quod noluit scire, aut etiam simulat se ignorare id, quod omnes homines intelligunt.“

30) J. c. no. 8 u. C. no. 16, 17.

Culpa doch Dolus genannt wird? fragt Donellus. „Hoc modo: Proprietate verbi et genere facti lata culpa non est dolus; interpretatione justa et effectu juris dolus est“³¹⁾. Das heisst: ihrem Begriff und der That, der Verursachung des Erfolges nach, ist lata culpa nicht Dolus, denn der Thäter handelt nicht „consulto, ut noceat“, sondern z. B. aus Trägheit, aus Gleichgültigkeit oder Leichtsinne mit Bewusstsein der Gefahr³²⁾. Nur das Recht präsümiert Dolus und lässt die Dolusfolge eintreten, und insofern könne man sie mit Recht auch Dolus nennen³³⁾. In der Anwendung auf die culpa lata der l. quod N. erklärt Donellus die Bezeichnung als Dolus nicht für bloße „Interpretation“. Er sagt: „Si factum per se spectetur, non potest dici statim dolo facere eum, qui rem negligat“, denn er handelt nicht „dedita opera et consulto id facere, ut res pereat aut deterior fiat“. „Sin spectetur officium, quo se obstrinxit depositarius ad rem bona fide servandam, hic recte dixerimus eum contra eam fidem facere, eoque hactenus fraude non carere, si cum sciat et possit rem curare, non curet. . . . Scivisse enim apparet, quia ut providet, ita eadem facit in suis“³⁴⁾. Also hinsichtlich des factum, der Herbeiführung der Schädigung, liegt Culpa vor, denn der Thäter vernachlässigte nicht, um zu schaden. Hinsichtlich der Pflichtverletzung aber liegt Dolus vor, denn der Thäter handelt bewusst pflichtwidrig. Als hätte er schon zu viel zugegeben, fügt Donellus dann hinzu: „Caeterum semper illud manebit, cum ab hoc officio praestationis susceptae discesserimus, si factum ipsum etiam negligentiae

31) J. c. no. 9.

32) J. c. no. 9. „ . . . l. c. est, cum quod facimus, non facimus consulto, ut noceamus, et si tam magna in nobis culpa est, ut non procul a dolo abesse videmur.“ Z. B. der Depositar vernachlässigt nicht „ut pereat aut deterior fiat“, sondern „quia fugit laborem“. „ . . periculum facere volunt, quem eventum is casus habiturus sit.“

33) ebenda: „Sed nihilominus etiam recte dicitur dolum esse interpretatione et effectu juris, quia usque adeo sit dolo proxima, ut jure pro dolo habeatur, atque ita effectus sit dolus“.

34) J. c. no. 9.

superioris spectabimus, nunquam vere id factum absolute dolum dici posse, licet interpretatione et juris effectu pro dolo habeatur.“ Donellus bezeichnet hier richtig die in den meisten Fällen der culpa lata mit darinsteckende bewusste Culpa, genauer: Vorsatz (in Bezug auf die Pflichtverletzung) in Konkurrenz mit Culpa (bewusst culposer Herbeiführung des schädlichen Erfolges). Den meist mitumfaßten, in manchen Fällen allein vorliegenden Fall des Vorsatzes ohne animus nocendi, weiß er nicht zu charakterisieren. Dolus, den er als dolus malus auffaßt³⁵⁾, kann er nicht annehmen, und die einzige Konsequenz, die Baldus erkannt hat, zieht er nicht: daß ein Dolus vorliegt, der nicht „malus“ ist, also zwischen diesem und der Culpa steht. — In seinem Codex-Kommentar spricht Donellus vom Dolus in der culpa lata gar nicht, betont, daß sie begrifflich nur Culpa sei, daß aber die Quellen sie auf Grund einer „violenta praesumptio“ als Dolus behandeln³⁶⁾. Er teilt also hier wesentlich die Ansicht Decians. — Auch Donellus kommt also über die traditionellen Begriffe nicht heraus.

Mit dem Niedergang der italienischen Rechtswissenschaft wurde diese Frage begraben. Die deutsche Doktrin hat geglaubt, die Arbeit der Postglossatoren, der „Epigonen“ der Glossatoren, entbehren zu können; sie knüpfte daher an die dunkeln Quellen und die den Buchstaben interpretierende Glosse an. So ist man vor lauter Quellenforschung erst nach

35) J. c. no. 9: „L. c. dolum non esse definitio utriusque declarat. Nam dolus est machinatio consulto adhibita ad nocendum, cum quod facimus, data opera, ut noceamus: consulto etc.“

36) C. no. 17 ff., no. 17: „revera l. c. dolus non est. Distinguantur enim haec definitionibus i. e. re ipsa et substantia sua“ no. 18: „... interpretatione juris et effectu l. c. dolus est Et quod dicitur in l. quod N.: qui l. c. peccat, dolo non carere, sic accipiendum est, non ut certitudine definitionis et re ita se res habeat, sed quia ita se habeat violenta praesumptione, quae jure pro explorata habetur. Et jus ita est, ut semper l. c. pro dolo habeatur“. — cf. auch Donell. C. tit. 35 mand. l. 11 procur. no. 19: „l. c. . . . propositum ad nocendum alii non habet, sed tamen habet factum ejus modi, quod vehementi praesumptione videatur non carere fraude et dolo“.

Jahrhunderten endlich dazu gelangt, die Fragen, die die Postglossatoren eingehend behandelt haben, ernstlich aufzuwerfen und zu bearbeiten³⁷⁾.

37) Zu allgemeiner Anerkennung ist bisher noch keine der neuerdings geäußerten Ansichten über die culpa dolo proxima oder culpa lata der Quellen gelangt. Die wichtigsten neueren Arbeiten sind: Löhr, Theorie der Culpa, Gießen 1806, und Beiträge zur Theorie der Culpa, Gießen 1808. — Hasse, Die Culpa des röm. Rechts, Bonn 1815 u. 1838. — Binding, Normen II § 54 u. 55. — Pernice, Labeo II S. 60 ff. u. 377 ff. Über die sonst noch einschlagende Litteratur cf. Binding a. a. O.

Zwei Fragen sind zu beantworten, meines Erachtens, wie folgt:

I. Was bedeuten im Sinne der Justinianischen Quellen die Sätze über culpa lata und c. dolo proxima?

1. „Culpa lata“ und „dolo proxima“ bezeichnet keine besondere Schuldart, sondern Culpa mit der Charakterisierung nach ihrer äusseren Erscheinungsform als „große“, dem Dolus äusserlich ähnliche. Die Fragmente von Ulpian und Paulus in l. 213 § 2 und l. 223 D. de V. S. bedeuten als Gesetzeswort nur eine Worterklärung in diesem Sinne, keine Definition e. Schuldart.

2. Die Quellen stellen für d. Fall einer solchen lata c. eine Doluspräsuntion auf, indem sie sagen: eine selten große, unglaubliche, den Anschein d. Dolus tragende Culpa sei d. Dolus gleich zu behandeln. Für d. Richter heisst das: bis zum Beweise d. Gegenteils ist dolus malus zu präsumieren. — Das Vorliegen v. Dolus od. Culpa wird also wegen Beweisschwierigkeit zur quaestio facti gemacht, zur Sicherheit aber mit einer gesetzl. Beweisvorschrift.

II. Welche Fälle der Schuld werden v. d. Quellen in dieser Weise als präsumtive Dolusfälle behandelt?

1. Fälle bewufster Culpa, wo d. Thäter d. Bewußtsein der Rechts- od. Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens u. v. d. Möglichkeit d. Erfolges hat, diesen aber nicht verursachen, sondern vermeiden will; — nicht unterschieden davon:

2. Fälle eventuellen Vorsatzes, wo d. Thäter d. Erfolg eventuell verursachen will, aber nicht dolo malo, animo nocendi, malicia;

3. Fälle von absolutem Vorsatz, wo er d. Erfolg unbedingt verursachen will, doch nicht dolo malo, aber z. B. „amici gratia“, misericordia ductus“.

Die culpa lata d. Quellen umfaßt also die für d. Römer beweis-schwierigen, unter diesen aber auch alle für sie begriffsschwierigen Fälle: bewufste Culpa und modernen Vorsatz, soweit er nicht unter d. Begriff d. röm. dolus malus fällt.

Viertes Kapitel.

Die Culpa.

§ 25.

Die Lehre von der Culpa im Allgemeinen.

Die Lehre von der Culpa als kriminelle Schuld ist in der italienischen Doktrin weit weniger ausgebildet, als die Doluslehre, denn die Postglossatoren mußten das culpose Verbrechen so zu sagen erst schaffen.

Im römischen Recht ist der Begriff des culposen Verbrechens kaum entwickelt, trotz der feinsten Ausbildung der Grundsätze über die civilrechtliche Haftung für Culpa. Die wenigen Fälle culposer Verbrechen erscheinen als aus besonderen Gründen, oft aus besonderem Anlaß festgestellte Ausnahmen von der Regel, daß ein mit öffentlicher Strafe zu belegendes Verbrechen Dolus des Thäters voraussetzt.

Als Anknüpfungspunkte für die Behandlung des culposen Verbrechens boten die römischen Quellen den italienischen Juristen nur wenige Stellen: — 1) die l. 1 § 3 u. l. 4 § 1 D. ad l. Cor. de sic. 48, 8, in der Strafmilderung für die Fälle, wo dolus malus nicht nachweisbar ist, bestimmt wird; — 2) l. 3 § 1—3 eod., wo in § 2 von culloser Vergiftung, in § 1 u. 3 von der Übertretung polizeilicher Vorschriften über den Handel mit Giften die Rede ist; — 3) l. 38 § 5 D. de poen. 48, 19, wo culpose Vergiftung bei tödlichem Erfolge mit dem Tode

bedroht wird; — 4) l. 8 D. de incendio 47, 9, die von Brandstiftung „casu i. e. negligentia“, und l. 11 eod., die von Brandstiftung „culpa lata dolo proxima“ handelt; — 5) l. 3 § 1 D. de offic. praef. vig. 1, 15, die nur von Nichtbeachtung feuerpolizeilicher Vorschriften spricht; — 6) l. 12 de cust. reor. 48, 3, die das culpose Entweichenlassen von Gefangenen an Soldaten strafen will.

Die italienischen Statutarrechte, die Strafstatuten der Städte und Herzogtümer, gaben selten Aufschluß darüber, ob und wie weit culpose Verbrechen zu strafen seien, da sie meist einfach die That mit Strafe bedrohten, ohne von Dolus und Culpa zu reden. Aus dieser Allgemeinheit der Strafsätze in den Statuten entnahmen Doktrin und Praxis den Grundsatz allgemeiner Strafbarkeit culposer Verbrechen, nicht aber auch die gleiche Strafbarkeit dieser mit den dolosen. Die Doktrin zog hier vielmehr die Strafmilderungsbestimmung in der l. Cornelia zur Interpretation herbei und stellte den allgemeinen Grundsatz der Strafmilderung bei Culpa auf, nicht ohne dabei auf Widerstand von seiten der Gerichte zu stoßen. Die Statuten zwangen bei solcher Auslegung die italienischen Juristen, sich eingehend mit dem culposen Verbrechen zu beschäftigen und sich über dessen Wesen und Grenzen klar zu werden, ohne ihnen irgend welche Stütze dabei zu bieten.

So waren die Postglossatoren auf die römischen Quellen und das kanonische Recht angewiesen. Die wenigen Quellenstellen, in denen es sich um Kriminalfälle handelt, konnten ihnen aber eine genügende Grundlage nicht bieten. Sie zogen daher die Fälle civilrechtlicher Haftungspflicht als Analoga herbei. Insbesondere an die reiche Kasuistik der Quellen zur lex Aquilia knüpften sie die Lehre vom culposen Verbrechen an, indem sie die kriminelle Verantwortlichkeit für culpose Brandstiftung, Sachbeschädigung, Körperverletzung und Tötung im Raufhandel u. s. w. der civilrechtlichen Haftungspflicht analog darstellten, und sogar die Schuldpräsumtionen, Präsumtionen des Kausalzusammenhangs und die Abstufung der Schuldgrade auf die Kriminalfälle und die kriminelle Strafbarkeit bezogen.

Diese enge Anlehnung an das Civilrecht brachte die Zersplitterung des Culpabegriffs in die Anschauung der Postglossatoren. Sie suchten sich nach dem Vorbilde der graduellen Abstufung civilrechtlicher Verpflichtung in den verschiedenen Rechtsverhältnissen immer nur die verschiedenen Grade der Culpa klar zu machen, ohne den einheitlichen Begriff der Fahrlässigkeit im Gegensatz zum Dolus ins Auge zu fassen. Den Unterschied von Dolus und Culpa erörterten sie nur da, wo sich äußerliche Berührungspunkte fanden, bei der Erklärung des höchsten Culpagrades, der culpa lata, die in civilrechtlichen Verpflichtungsverhältnissen der Haftung für Dolus angereicht und ihm in der Wirkung gleichgestellt wurde. Die Auffassung der culpa lata als höchsten genau definierbaren Grad der Culpa, oder rein formell als gesetzlich präsumirten Dolus, mußte eine klare Begriffsscheidung zwischen Dolus und Culpa erschweren. Der Mangel klarer Begriffsbestimmung hinderte aber die italienischen Juristen die Culpa als Willensschuld zu begreifen und zu definieren.

Daher wurde das culpose Verbrechen, wie schon im römischen Recht, weniger in seiner Bedeutung als schuldhaft und deshalb strafbare Handlung aufgefaßt und behandelt, und als solche begrifflich festzustellen gesucht, sondern mehr als ein objektiv gefährliches Verhalten, das je nach dem Grade der Vernachlässigung der von den Mitgliedern der Staatsbürgergesellschaft geforderten Diligenz (Achtsamkeit, Vorsicht, Kenntniss), mehr oder minder energisch mittelst Strafen zu unterdrücken sei: „propter malum exemplum“. Daher war in erster Linie nur die negative Feststellung von Interesse, daß Culpa nicht Dolus sei. —

I. Der Begriff der Culpa im Allgemeinen.

§ 26.

1. Definition der Culpa und ihrer Grade.

Der Versuch, die Culpa als Willensschuld und als Schuldart im Gegensatz zum Dolus zu definieren, ist nur

von einzelnen italienischen Juristen gemacht worden, so von Baldus und Decian.

In der Regel wird die Culpa als Mangel einer vom Recht geforderten Diligenz oder Intelligenz dargestellt. Anknüpfend an die verschiedenen Grade von „diligentia“, die das Recht allgemein von jedem, oder von gewissen Personen, in allen rechtlich relevanten Handlungen, oder nur in gewissen Rechtsverhältnissen, unter allen, oder nur gewissen Umständen verlangt, — unterschied man entsprechende Grade der Culpa. Als Aufserachtlassung oder Nichtanwendung dieser bestimmten Grade von Diligenz werden die Culpagrade definiert. Es wird unterschieden der höchste Grad der Culpa, die culpa lata oder nimia negligentia, als Nichtbeachtung der bei jedem vernünftigen Menschen stets vorausgesetzten Sorgfalt; ferner die culpa levis als Nichtbeachtung der von jedem gewissenhaften Menschen in der Regel beobachteten Sorgfalt; und die culpa levissima als Nichtanwendung einer ganz besonderen, nicht bei jedem vorausgesetzten, sondern ausdrücklich übernommenen oder den Umständen nach erforderlichen, außerordentlichen Sorgfalt.

Die Auffassung dieser Stufenleiter als absoluten, nicht als relativen, Maßstab für die Größe der Schuld mußte zu ganz irrigen Vorstellungen führen. Insbesondere die Auffassung der culpa lata als höchsten und als solcher genau definierbaren Grad der Culpa, im Verein mit den unbestimmten Ausdrücken der Quellen, wie „proxima dolo“, „prope dolum“ u. a. (die einen Verzicht der römischen Juristen auf Begriffsbestimmung darstellen), erzeugte die unklare Vorstellung, als sei durch die Größe der Fahrlässigkeit eine begriffliche Annäherung an den Dolus gegeben. Diese falsche Vorstellung mußte aber dadurch bestärkt werden, daß manche der von den Quellen als culpa lata dolo proxima bezeichneten Fälle in der That dem Dolus malus auch begrifflich näher standen, als die sonstigen Culpafälle.

Die Einteilung der Culpa in die drei von altersher durch die Glossatoren überlieferten Grade hatte nach der Ansicht mancher aber auch eine praktische Bedeutung für das Straf-

recht. Denn als culposes Delikt sollte nach ihrer Ansicht nicht jede Culpa, sondern nur ein gewisser Grad von Culpa gestraft werden. Daß eine solche Frage aber entstehen konnte, daß diese Unterscheidungen überhaupt für praktisch wichtig gehalten werden konnten, beweist am besten die falsche Vorstellung vom absoluten Begriff der Culpagrade.

Nach der Glosse ist „lata culpa“ der höchste Grad der Culpa, nimia negligentia, „cujus finis est non intelligere, quod omnes intelligunt“. „Dolo proxima“ heißt sie nur als höchster Grad der Culpa¹⁾ („ut quia lata et fatua“, sagt die Glosse) und weil für sie in der Regel wie für Dolos gehaftet wird²⁾. Die Ausdrücke „luxuria“, „lascivia“ bedeuten dasselbe wie lata culpa, nimia negligentia³⁾.

Die Glosse und die herrschende Meinung vor Bartolus erklärt alle Fälle der culpa dolo proxima für reine Culpa⁴⁾. Daß die Quellen auch in diesen Fällen der culpa lata keinen anderen Begriff unterstellen, wurde ausnahmslos anerkannt. Denn auch durch die vor Bartolus von einzelnen vertretene Annahme einer gesetzlichen Präsumtion des Dolus ward am Begriff der culpa lata nichts geändert⁵⁾. Alle Vertreter einer culpa dolo proxima als dolus praesumptus oder als Dolusart, haben diese nicht in allen, sondern nur in einer gewissen Anzahl von Fällen der culpa lata gesehen. Ausschlaggebend war dabei meist nicht, daß die Quellen die culpa lata dem Dolus komparierten.

1) Glo. l. 11 § 11 D. de interrog. i. jure 11, 1.

2) Glo. l. 8 § 3 D. de precario 43, 26: „culpa dolo proxima ea esse intelligitur, quae dolo comparatur“. und Glo. l. 223 D. de V. S.

3) Glo. l. 9 D. de incend. 47, 9 l. 4 § 1 D. ad l. Cor. de sic. l. 12 D. de cust. reor. 48. 3.

4) cf. § 28.

5) So sah Johann de Blanosco in der offenbaren Verletzung der diligentia quam suis rebus einfach Dolus, und rechnete derartige Fälle garnicht zur „culpa lata, quae dolo comparatur“. Auch die Ansicht des Petrus de Bellapertica, der die lata culpa einfach Dolus nannte, änderte auch nach seiner Auffassung am Begriff der lata culpa selbst nichts. cf. seine Definition der l. c. S. 192 (von Bartol. zitiert).

Umfassende Definitionen der *lata culpa* giebt die Glosse nicht. Bei der l. quod N. erklärt sie als *lata culpa* die Nichtanwendung derjenigen Diligenz, die „*natura hominum desiderat*“⁶⁾. — Sonst erklärt sie bei allen Quellenstellen, daß die *culpa dolo proxima* der höchste Grad der Culpa sei, der dem Dolus nur kompariert werde⁷⁾.

Johann de Blanosco, der in seiner Dolusdefinition auch die grobe Verletzung der *diligentia quam suis rebus* aufnimmt, definiert die *lata culpa* als „*quaedam negligentia ex fatuitate procedens, [quae consistit in eo,] quod simpliciter in rebus suis et alienis conversatur, in eo tamen, quod non consulit, quod ad eum modum versatur, quod hominum communitas exigit*“⁸⁾. In culpa lata ist also, wer das gewöhnlichste Maß von Sorgfalt nicht anwendet ohne jedoch gleichzeitig zwischen seiner und der fremden Angelegenheit zu unterscheiden. Die culpa lata, sagt Blanosco, wird regelmäfsig dem Dolus gleichgestellt, „*comparatur*“, „*et hoc dicitur non, quod unum sit alterum, sed regulariter, ubi quis tenetur de dolo, potest teneri de lata culpa, si interveniat*“. In drei Fällen werde die lata culpa nie dem Dolus gleichgestellt: 1) in der l. Cornelia de sic.; 2) „*in infamia irroganda, quia propter culpam latam non efficitur quis infamis, nisi lata culpa esset in jure ignorantia*“ (weil dann Dolus präsumiert wird); 3) „*in delatione juramenti in litem*“. — Die culpa levis definiert Blanosco entsprechend als „*negligentia ex minorata diligentia procedens, quod cum simpliciter versatur quis in rebus suis et alienis (et sic differt a dolo), et ad eum modum, quem hominum natura communiter exigit (et per hoc differt a lata culpa)*“; und die culpa levissima als „*deficere a sapientia, quae in hominum natura soleat reperiri et adeo diligens est hodie, secundum quod fuit retro (et per hoc differt a levi c.)*; in eo

6) Glo. l. 32 qu. N. D. dep. 16, 3.

7) cf. unten § 28.

8) Joh. de Blanosco, Com. s. Inst. de actionib. fol. 5. Bartolus giebt die Definition des Bl. nicht richtig wieder. Bart. z. l. q. N. Richtig Baldus, C. de pign. act. l. quae fort.

tamen consistit, quod per defectum summae sapientiae male se habuerit“⁹⁾).

Auch die späteren Vertreter des *dolus praesumptus* in der culpa *dolo proxima* unterschieden davon die *lata culpa* als höchsten Grad der Culpa. Insbesondere ward in Kriminalfällen die culpa *lata* in der Regel als Culpa aufgefaßt.

Cinus, der erste einflußreiche Vertreter des *Dolus* in der *lata culpa*, unterschied in *criminalibus*: „*maleficium committitur: aut ex animo, aut sine animo, et tunc aut culpa, aut casu*“. Die Culpa aber ist „*aut lata, aut levis, aut levissima*“¹⁰⁾. An anderer Stelle bespricht er den Fall: „*quando quis non cogitavit [delinquere], tamen egit et perficit*“. Dann ist das Delikt *casu* oder culpa begangen. „*Si lata, punitur, sed minus quam si fuisset in dolo*“, während culpa *levis* überhaupt nicht kriminell gestraft werden könne. Die culpa *lata* ist ihm die einzige strafbare Culpa¹¹⁾. Cinus giebt (den Quellen gemäß) nur zu, daß die culpa *levis* in subsidium des civilrechtlichen Schadensersatzes mit Strafe belegt werden könne¹²⁾. Da aber Cinus keineswegs dadurch die Strafbarkeit der Culpa einschränken und etwa die von den anderen Juristen als culpa *levi* begangen aufgefaßten Fälle ungestraft lassen will, so liegt hierin die Erklärung, daß es nur eine Culpa gäbe und daß die Gradunterschiede nach der unterlassenen Diligenz für die Feststellung der Schuld, ihres Begriffs und ihrer Höhe unbrauchbar und nichtssagend seien.

Bartolus scheidet die culpa *lata* scharf von seiner „*latior culpa*“. Die Glossatoren, sagt er, drücken sich sehr unbestimmt und oft falsch aus. Wenn sie die culpa *lata* mit der „*latior*“ und mit „*fraus praesumta*“ identifizieren, so widersprechen sie der Logik und den Quellen, denn culpa *lata* ist wesentlich ein „*non intelligere*“ und ihre Quelle „*ignorantia*“. Wenn das Gesetz in gewissen Fällen sagt: „*lata culpa dolo assimilatur vel aequi-*

9) a. a. O.

10) Cinus, C. ad l. Cor. de sic. l. is qui c. telo. no. 2.

11) Cinus, C. de episc. et cl. l. 5 si quis non dic. no. 3 a. E. (V.).

12) Cinus, C. qui accusare non poss. l. data opera. cf. unten § 32 I.

paratur“, so beweist das die wesentliche Verschiedenheit, denn „quod aequiparatur dolo, non est dolus“¹³⁾. Die Gleichbehandlung der lata culpa und des Dolus in vielen Fällen berührt ihr Wesen nicht, gilt auch nicht in Kriminalsachen, soweit es sich um poenae corporales handelt¹⁴⁾. Die Definition der lata culpa in den Quellen und in der Glosse als „non intelligere, quod omnes intelligunt“ ist zu allgemein und unbrauchbar, die Definition des Joh. de Blanoso als Nichtanwendung der „diligentia, quam communis hominum natura desiderat“, ebenfalls. Denn — fragt Bartolus — was fordert die communis hominum natura? In manchen Fällen fordert sie eine Sorgfalt und ein Wissen, das man gar nicht von jedem verlangen kann¹⁵⁾. — Petrus de Bellapertica definire: „culpa lata est negligentia magna ex fatuitate praecedens, quae consistit in eo, quod minorem diligentiam quis adhibuit, quam hominum communis natura desiderat, qui sunt ejusdem professionis et condicionis“. Bartolus meint, Petrus habe zwar die Unbestimmtheit des Blanoso vermieden, aber „negligentia“ bezeichne nur die „culpa in non faciendo“ und der Ausdruck „fatuitas“ sage zu viel, denn Unverstand und Beschränktheit charakterisieren auch den furiosus und mente captus. Bartolus definiert daher: „lata culpa est deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam communiter habent homines, qui sunt ejusdem professionis et condicionis“. „Deviatio“ bezeichne culpa in faciendo und in non faciendo; der Ausdruck „incircumspecta“ schliesse Dolus, auch dolus praesumptus, aus. Das übrige bezeichne den Gegensatz zur culpa levis. In dieser Definition sei auch error und ignorantia „in eo, quod communiter sciunt omnes“ eingeschlossen, dahin gehöre auch error juris bei Nichtgelehrten¹⁶⁾. — Die culpa levis definiert er: „culpa levis in rebus alienis est deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam adhibent homines dili-

13) Bartol. D. v. depos. l. quod N. 2—4 u. 17.

14) a. a. O. no. 20. cf. unten § 32, II.

15) a. a. O. no. 16.

16) Bartol. a. a. O. no. 17, 18 u. 19.

gentes ejusdem condicionis et professionis“, und „culpa levis in rebus communibus est deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam ipse devians tunc temporis in rebus propriis adhibet“¹⁷⁾. Culpa levissima sei nach der Glosse vorhanden, „quando aliquo modo praevideri potest“. „Vult dicere, meint Bartolus, quod si aliqua provisio potuit fieri, ne eveniat, et est omissa, illud est levissima culpa“. Bartolus definiert sie als „deviatio incircumspecta ab ea diligentia, quam habent homines diligentes et diligentissimi ejusdem condicionis et professionis“¹⁸⁾.

Baldus charakterisiert bei seinen allegmeinen Bemerkungen über die Schuld die Culpa als Willensschuld. Er nennt sie unklugen Willen, „imprudens voluntas“, und bemerkt: „culpa pertinet ad effectum cognitionis“, d. h. Culpa bezieht sich auf die Ausübung der Erkenntnis. In diesem Sinne, fügt er hinzu, sagen die Quellen: „finis culpa est non intelligere, non cognoscere futurum casum“. Also die Unklugkeit des Willens besteht in der Nichtanwendung vorhandener Erkenntniskräfte. Da Schuld überhaupt „omne id, quod est reprehensibile“, ist, so ist Culpa der tadelns- werte unkluge oder unklug pflichtwidrige Wille, oder genauer: der wegen Nichtanwendung vorhandener Erkenntnisfähigkeit unklug pflichtwidrige Wille¹⁹⁾. — Die einzelnen Culpagrade definiert er dann genauer. Zwischen der Culpa, sagt Baldus, die Dolus sei und „latior“ culpa heiße, und der levis culpa, „quae omnino recedit a dolo“, stehe die culpa lata, die wegen ihrer Hochgradigkeit dem Dolus nur äußerlich ähnlich, „simul cum dolo“, erscheine. Zwischen ihr und der latior culpa sei daher ein wesentlicher Unterschied²⁰⁾. Da Baldus in der culpa latior eine besondere Dolusart oder eine mittlere Schuldstufe zwischen Dolus und Culpa sieht, so umfaßt nach ihm die culpa lata nur diejenigen Fälle, wo wirklich nur ein „non intelligere“ in Bezug auf die

17) a. a. O. no. 26.

18) a. a. O. no. 27.

19) Baldus IV C. de pign. act. l. quae fortuitis. a. Anf. cf. oben § 1 S. 19.

20) Bald. a. a. O. i. d. Mitte.

Folgen und die Pflichtwidrigkeit vorliegt. Er prägt daher, nach Anführung der Definitionen des *Blanosco* und *Bartolus*, der culpa lata in stärkerem Maße den Charakter intellektuellen Fehlens auf. Sie erscheint als selten hochgradiger Mangel an verständiger Überlegung, als Abweichen von der natürlichen Einsicht und Klugheit: „Lata culpa est stultitia et negligentia, in qua reperiuntur pauci ita stulti vel ita negligentes, ut est quaedam deviatio a prudentia naturaliter insita“. Dagagen ist culpa levis „non praevidisse, quod a diligente praevideri potuit“, und „facere, quod non faceret, vel omittere, quod non omitteret diligens vel diligentior“²¹⁾.

*Angelus de Ubaldis*²²⁾ und *Salicet* folgen der Glosse. *Salicet* sagt: die Culpa sei entweder dolo proxima, das sei die lata culpa, oder non dolo proxima, non lata, das sei levis und levissima culpa. Mit *Bartolus* noch eine „latior“ und eine „levior“ culpa zu unterscheiden, sei willkürlich und widerspräche den Quellen²³⁾. Die culpa lata oder dolo proxima umschreibt *Salicet* als: „imprudenter et sine proposito omittere, quod communiter ceteri ejusdem condicionis non omisissent, vel facere, quod omisissent“²⁴⁾. „Levis“ und „levissima culpa“ ist dem entsprechend Thun und Unterlassen desjenigen, was jeder „diligens“, resp. „diligentissimus“ unterlassen oder gethan hätte²⁵⁾.

Nach *Paulus Castrensis* ist lata culpa „dissoluta negligentia, quae non est dolus, sed dolo comparatur in pluribus“; sie ist „non facere illud, quod quilibet alius facit vel facere solet“, und daher „deviatio ab eo, quod communiter omnes faciunt“²⁶⁾. Zwischen lata, levis, levissima culpa sei nur ein

21) Bald. a. a. O. gegen Ende.

22) Angel. de Ub. I. D. v. qui not. infam. l. genero, no. 1 u. II. D. v. de pign. et hypoth. l. fidejussor. no. 3: „quae differentia inter dolum et latam c. dic, ut no. Glo. i. l. quod N. depo.“

23) Salicet, D. v. depos. l. quod N. no. 1—4.

24) a. a. O. no. 9.

25) no. 10 u. 12.

26) P. Castrens. C. de dolo l. dolum no. 4 u. D. v. depos. l. quod N. no. 2—4.

gradueller Unterschied, während *latior culpa dolus praesumptus* sei²⁷⁾).

Die meisten der Späteren, wie Raphael Fulgosius und Tartagnus verweisen auf die Unterscheidungen des Bartolus²⁸⁾.

Alciat, der die *culpa dolo proxima* als höchsten Grad der Culpa von der als *dolus praesumptus* unterscheidet, meint, die Definitionen der *culpa lata* der Quellen seien unbrauchbar, weil *lata culpa* nicht nur in *negligendo* bestehe, ferner auch der gleiche Mangel an Einsicht und die gleiche Unerfahrenheit nicht in allen Fällen die gleiche Schuld darstelle. Daher sei nicht jede *imperitia lata culpa*, sondern: „*si in eo quis errat, quod communiter ejus artis intelligunt, est lata culpa; si in eo, quod soli excellentes, est solum levis; si in eo, quod non nisi rarissimus quisque sciebat, ut quia excellentissimis solum erat cognitum, levissima videtur culpa*“²⁹⁾.

Wie oben erwähnt unterschied Zasius und nach ihm Cagnolus, Bargalius u. A. von der *culpa lata versutiae* die *culpa lata ignaviae*. Die treffende Umschreibung dieser wurde von den Italienern allgemein angenommen. Die *culpa ignaviae* ist nach Zasius „*supina negligentia*“, „*vel vitio naturae parum perspicacis, vel ex prava educatione contracta*“. Sie stellt dar: den höchsten Grad unvorsichtiger Sorglosigkeit, „*supina securitas improvida*“, — den Mangel jeder Sorgfalt in Geschäften, „*nulla gerendarum rerum cura*“, — Irrtum aus sträflicher Leichtfertigkeit, Unkenntnis infolge leichtsinniger Denkfaulheit, Oberflächlichkeit und Indolenz, „*reprehensa erroris facilitas*“, „*et quidquid omnino ignavi et socordes homines in negotiis tractandis desidia cumulant et oscitantiae*“. Dieses höchsten Grades der Culpa machen sich

27) P. Castr. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus.

28) Fulgosius, C. unde vi l. cum quaerebatur no. 10. Tartagnus, Cons. I, 65 no. 8. cf. oben § 21. Ebenso verweist auf Bart. Ang. Aretin. de mal. s. v. scienter dolose no. 4 (haupts. aber i. Bez. d. Straffrage).

29) Alciat., D, n. de V. S. l. 213 (cedere) § *lata c.* no. 28. cf. l. 223 no. 1 ff.

die schuldig, die „ex qualibet levi, vana injustave causa ad res improvidas temerariasve aut noxias moventur, dum dolus absit“³⁰⁾. Sie ist nie mit Dolus verbunden, denn sie ist wesentlich ein „non intelligere“, entspringt „ex improvidentia“ und „ex inconsulto temerario male provido et crasso ingenio“, und wird daher dem Dolus nie gleichgestellt³¹⁾. — Ebenso schildert Cagnolus die „culpa lata desidia, et negligentiae“³²⁾, und Bargalius die „culpa ignaviae, quae a dolo abest“³³⁾.

Nach Decian ist Culpa i. e. S. „voluntaria declinatio a bono ex negligentia“. Im Gegensatz zum Dolus sei Culpa ein „vitium intellectus et memoriae“, insofern der Dolus einem verbrecherischen Willen („sceleratae et flagitiosae“), die Culpa nur einen unklugen thörichten Sinn („imprudenti ac stolidae menti“) zuzuschreiben sei³⁴⁾. Daher ist die culpose Handlung zwar Folge eines intellektuellen Fehlens, dieses aber schuldhaft, weil willkürlich und eine „voluntaria declinatio a bono“. Der Culpa, auch der lata, fehle die Absicht zu schaden, „intentio nocendi“: „lata culpa indicat animum simpliciter negligentem et dissolutum ac imprudentem nulla praecedente nocendi intentione“³⁵⁾. — Sehr richtig bemerkt Decian, daß die Unterscheidung der verschiedenen Culpagrade etwas ganz Äußerliches und willkürlich sei: „nam culpa in hominum actibus non potest certis terminis circumscribi et definiri, cum plura sint negotia, quam vocabula.“ Statt der drei könne man ebensogut sechs oder zwölf Culpagrade unterscheiden³⁶⁾.

30) Zasius, Intell. sing. pag. 15.

31) Zasius, a. a. O. p. 18, I.

32) Cagnolus, de reg. jur. l. contractus (S. 91 ff.) no. 8 u. 10.

33) Bargalius, de dolo V. cap. 2, qu. 1 u. 2, no. 3 u. 5.

34) Decian., I. cap. 6 no. 1, 4 u. 5.

35) a. a. O. no. 16. Decian erkennt nur eine culpa lata an. Daß gesetzlich eine Doluspräsumtion an sie in manchen Fällen geknüpft wird, ändert am Begriffe nichts. cf. ebenda no. 10—17. cf. oben § 24.

36) Decian. I. c. 6 no. 25. Quellenmäfsig sei nur der Unterschied v. lata u. levis c. Die Doktrin unterscheide noch levissima c. (no. 21 u. 23).

§ 27.

2. Der Culpa-Begriff der italienischen Doktrin.

Der Begriff der Culpa läßt sich im Sinne der Postglossatoren und ihrer Nachfolger etwa folgendermaßen umschreiben.

I. Culpa als rechtliche Kausalität des Willens ist schuldhafter Wille ohne Bewußtsein von der Rechtswidrigkeit seiner Verwirklichung; in diesem Sinne: der nicht bewußt rechtswidrige Wille. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer Handlung schließt Dolus aus. Die Vermeidbarkeit des Irrtums begründet Culpa (cf. oben § 6).

II. Culpa als tatsächliche Kausalität des Willens ist der Wille zu handeln bei unentschuldbarem, weil durch pflichtmäßiges Verhalten vermeidlichem Irrtum über die kausale Tragweite der Handlung.

1. Culpa ist schuldhafter Wille zu handeln ohne das Bewußtsein, den rechtswidrigen Erfolg zu verursachen. Wille und Bewußtsein, den Erfolg nicht zu verursachen, wird auch dann angenommen, wenn der Thäter das Bewußtsein von der allgemeinen Möglichkeit des Erfolges hat, aber nach der Natur der Handlung oder den Umständen das Nichteintreten des Erfolges erwarten darf: wenn die Handlung ihrer Beschaffenheit nach nicht auf den Erfolg hinwirkt („*cogitatum verisimiliter non tendit ad finem secutum*“). Hat aber die Handlung ihrer Natur nach die Tendenz den Erfolg zu verwirklichen, („*cogitatum verisimiliter tendit ad finem secutum*“), so wird Dolus angenommen. Die sog. bewußte Culpa in Konkurrenz mit doloser Handlung wird daher von der herrschenden Meinung in der Regel als Dolus aufgefaßt (cf. oben §§ 10—14), als Culpa nur von Einzelnen (§ 29 u. oben § 13). Die bewußte Culpa wird auch in den Fällen der *lata culpa* der Quellen als solche meist nicht erkannt (§ 26 u. 28).

2. Culpa setzt unentschuldbaren Irrtum über die

kausale Tragweite der Handlung voraus. Unentschuldbar ist der Irrtum, wenn er durch pflichtmäßiges Verhalten des Thäters vermeidbar war. Pflichtmäßig ist aber das Verhalten nicht bloß, wenn der Thäter jede im konkreten Fall überhaupt mögliche Vorsicht, sondern auch, wenn er nur die den berechtigten Voraussetzungen entsprechende und den Umständen angemessene Vorsicht anwandte. Bei pflichtmäßigem Verhalten schließt der Irrtum die Schuld aus, es liegt strafloser Casus vor (§ 31).

Ob der Thäter in re licita oder illicita versiert, ist für die Zurechnung des Erfolges an sich gleichgiltig, wenn der Thäter dabei die pflichtmäßige Aufmerksamkeit zur Abwendung des Erfolges anwenden konnte und angewandt hat (§ 30 u. 31). Unentschuldbar ist daher bei an sich unerlaubter Handlung der Irrtum dann, wenn der Thäter der Natur seiner Handlung nach nicht in der Lage ist, die pflichtmäßige Sorgfalt anzuwenden, so wenn die unerlaubte Handlung auf den Erfolg hinwirkt („culpa est ordinata ad casum“), weil dann zur Vermeidung des Erfolges die Unterlassung der Handlung Pflicht ist (§ 31).

II. Die bewufste Culpa.

§ 28.

1. Die culpa lata als bewufste Culpa.

Aus den Definitionen der culpa lata in den Quellen (wenn man den Satz „lata culpa est nimia negligentia i. e. non intelligere . . . etc.“ als Definition auffassen will) und bei den Postglossatoren ist nicht zu entnehmen, daß speziell die Fälle der sog. bewufsten Culpa gemeint seien. Denn auch die Betonung des denkbar höchsten Grades von Unvorsichtigkeit, Nachlässigkeit u. s. w. drückt nicht aus, daß beim Thäter ein Bewußtsein von seiner Nachlässigkeit, von der Gefährlichkeit seiner Handlung vorausgesetzt wird. In der That lassen aber eine Reihe von Fällen der culpa lata, soweit sie culpa sein können, nur diese Auffassung zu. Gerade in dem Moment, daß der Thäter offenbar das Bewußtsein seiner

Nachlässigkeit, der Gefährlichkeit seiner Handlung hat, lag für die Römer und viele Postglossatoren die Dolusähnlichkeit dieser Fälle, und nur soweit die Gröfse der Nachlässigkeit, Unwissenheit u. s. w. eben ein Indiz für ein solches Bewußtsein bietet, sahen sie in der Gröfse der Culpa eine Annäherung an den Dolusbegriff. Aus dem Unvermögen das Bewußtsein des Thäters von der möglichen kausalen Tragweite der Handlung mit dem Begriff der Culpa in Einklang zu bringen, erklärt sich die Ratlosigkeit der römischen und italienischen Juristen diesen Fällen gegenüber. Sie wußten die Fälle der bewufsten Culpa und des Vorsatzes, den Erfolg eventuell zu bewirken, nicht zu unterscheiden und ließen die Entscheidung deshalb dahingestellt sein. Sie konstatierten nur die Dolusähnlichkeit und stellten für die Praxis eine Dolusvermuthung auf. Der Ausdruck „culpa dolo proxima“ enthält stets nur das bescheidene Urtheil, daß die Culpa im betreffenden Falle dem Dolus sehr ähnlich sehe, ein Zugeständnis der römischen Juristen, daß ihre theoretische Erkenntnisfähigkeit eine Grenze gefunden.

Diese Erklärung giebt die Glosse richtig wieder, ohne aber anzuerkennen, daß die Quellen in solchen Fällen den Zweifel in der Praxis durch Präsumtion des Dolus gelöst wissen wollen. Die Glosse und nach ihr viele Postglossatoren fassen die den Zweifel ausdrückenden unbestimmten Ausdrücke der Quellen nicht als solche auf, sondern als ungenaue Charakterisierung begrifflich fest bestimmter Fälle. Sie meinen, die Römer wären keineswegs darüber im Unklaren gewesen, ob Culpa oder vielleicht Dolus vorliege, sondern hätten nur die hochgradigsten Culpafälle rein äußerlich als dem Dolus nahestehend oder ähnlich bezeichnet, ohne dabei einem Zweifel über ihr Wesen Raum geben zu wollen, oder gar eine Beweisvorschrift oder gesetzliche Präsumtion des Dolus aufzustellen.

Die Glosse weist aber nicht nur das mögliche Vorliegen von Dolus zurück, sondern betont auch immer, daß die Dolusähnlichkeit der Fälle nur in der Hochgradigkeit der Culpa liege und diese wesentlich ein „non intelligere“

sei, ohne das Moment des Bewußtseins von der Fahrlässigkeit zu berühren. Daher scheint sie das Vorliegen dieses doch gewiß bemerkenswerten Umstandes garnicht anzunehmen, und da sie sich hierüber nicht äußert, bleibt es zum mindesten zweifelhaft, ob sie die sog. bewufste Culpa überhaupt als solche anerkennen würde. Wie weit bei solchem Standpunkt die Zurechnung der betreffenden Fälle zur Culpa noch möglich ist, kann nur im einzelnen Fall entschieden werden. Jedenfalls aber zeigt sich, daß die Glosse nicht den geringsten Versuch macht, das Wesen der betreffenden Fälle zu erklären, und daß sie auch die Bedeutung der culpa lata keineswegs im Sinne der Quellen erfaßt hat.

Die wichtigeren Stellen erklärt die Glosse ausführlicher, bei den meisten finden sich nur Verweisungen auf diese.

Zur l. 32 („quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse“) D. depos. 16, 3 bemerkt die Glosse: „latiore i. e. latam, cujus finis est non intelligere, quod omnes intelligunt“, und „dolum esse i. e. dolo comparari, ut est, ubi quis de dolo tenetur, ibidem teneatur et de lata culpa; non autem est idem, cum dolus sit ex fraude, lata culpa ex fatuitate. Praeterea dicitur «similis» ergo non est idem, ... nihil est idem, cui idipsum simile est“. Beim Ausdruck „fraude non caret“ erklärt die Glosse: „Fraude i. e. lata culpa, quae fraudi comparatur“. Diese erzwungene Erklärung wird aber ergänzt durch: „vel die fraude scilicet praesumta“. (Dieser letzte bei-
läufig eine Gegenmeinung notierende Zusatz ist mit Recht von Niemandem als Meinung der Glossatoren und des Accursius betrachtet worden, weil er allen sonstigen Auslegungen der Glosse widerspricht.) Wenn die Glossatoren gerade hier, wo von der auffälligsten Verletzung der diligentia quam suis rebus die Rede ist, erklären, die culpa lata sei Mangel der Einsicht und entspringe „ex fatuitate“, aus Dummheit, Gedankenlosigkeit, so beweist das ihre Unfähigkeit, die sog. bewufste Culpa als Culpa zu erfassen, denn die einzige Möglichkeit, hier Dolus auszuschliessen und Dolus und Culpa scharf abzugrenzen, liegt im Versuch, diese Handlungsweise zwar als bewußt fahrlässig, aber nicht vorsätzlich oder böswillig zu erklären.

— Bei den übrigen Fällen der culpa dolo proxima wird meist auf diese Glosse zur l. quod N. und auf die Glosse zur l. 226 D. de V. S. („magna culpa dolus est“,) verwiesen: „dolus est i. e. comparatur ut in l. q. N. . . .“, wo hinzugefügt wird: „sed quandoque contra“ mit Hinweis auf die l. Cornelia de sic. und § 6 J. de susp. tut. 1,26 (in Betr. der Infamie). Bei der l. 223 D. de V. S. („l. c. finis est non intelligere etc.“) heifst es: „latae culpa, quae dolo comparatur, ut i. l. q. N.“ — Zur l. 11 § 11 D. de interrog. i. j. 11, 1 („ . . . absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima est“) bemerkt die Glosse: „proxima: ut quia fuit lata et fatua; credidit enim forte se recte institutum ab eo, qui furore detinebatur, sec. Azo.“ Die hier im Text dem culposen Irrtum ausdrücklich gegenübergestellte culpa dolo proxima kann, wenn überhaupt als Culpa, nur als bewufste Culpa aufgefaßt werden: der interrogatus leugnet mit dem Bewußtsein mangelhafter Prüfung, daß er Erbe sei, um nicht seine, wie er glaubt, günstige Position durch Offenbarung seines vielleicht unbegründeten Zweifels zu schädigen. Eine „fatua culpa“ im Sinne der Glosse ist aber völliger Irrtum, wenn auch sehr unverzeihlicher; dieser aber soll ja nach Ulpian keine Haftung begründen. — Bei der l. 1 § 1 D. si mensor fal. mod. dix. 11, 6 verweist die Glosse auf die Erklärung der l. quod N. der l. magna (226) D. de V. S. u. a. Auch hier soll culpa lata nichts anderes bedeuten, als hochgradige reine Culpa. Eben solche Verweisungen finden sich in den Glossen zur l. 1 § 5 D. de oblig. et. act. 44, 7, — zur l. 1 § 2 D. si is qui testam. 47, 4, — l. 12 D. de custod. reor. 48, 3, — l. 8 § 3 D. de precar. 43, 26, wo erklärt wird: „culpa dolo proxima ea esse intelligitur, quae dolo comparatur“. Verwiesen wird an diesen Stellen häufig auch auf l. 29 pr. D. mandati 17, 1 und l. 23 § 3 D. ad SC. Trebell. 36,1. Auch die luxuria der l. 9 D. de incend. 47, 9 wird als die gleiche lata culpa erklärt.

Die Glosse weist in allen diesen Fällen die Haftung für culpa dolo proxima als ausnahmeweise Haftung für Culpa nicht anders zu erklären, als indem sie eine graduelle Steigerung der objektiven Unverzeihlichkeit der Handlungsweise

annimmt. Sie sieht also nicht, wie die Quellen, die Hochgradigkeit und Dolusähnlichkeit des Verhaltens im Bewußtsein des Thäters zum mindesten von seiner Fahrlässigkeit. Die Glosse nimmt also an und stellt fest, was der Gesetzgeber festzusetzen vermeiden wollte, — daß reine Culpa vorliege. Hier zeigen sich die Glossatoren als reine Theoretiker.

Denselben Standpunkt vertritt Odofredus, der zur l. quod N. bemerkt: nach Nerva und Celsus sei der Depositar in lata culpa; diese sei aber „magna negligentia“¹⁾.

Die Postglossatoren folgten anfangs in ihren Kommentaren treu der Glosse. So sah auch Dinus in der l. q. N. und in der l. 1 D. si mensor fal. m. d. nur hochgradige Culpa, die dem Dolus aequipariert wird²⁾. Ebenso noch Albericus und Baldus in den ersten Jahren seiner Lehrthätigkeit³⁾.

Bei den späteren Postglossatoren, die dem Cinus und Bartolus folgten, verlor die Frage, ob die lata culpa bewufste Culpa sei, ihre praktische Bedeutung, weil sie in den Fällen, wo die Annahme bloß hochgradiger Culpa nicht möglich erschien, wie die Römer, auf theoretische Erkenntnis verzichteten und Dolus präsumierten. Ihre von der culpa dolo proxima unterschiedene culpa lata ist daher nicht bewufste Culpa.

Daß Baldus die bewufste Culpa, bei der eine „noticia futuri periculi“ vorhanden ist, zusammen mit den Fällen vorsätzlichen Handels ohne dolus malus als Mittelstufe oder Mischung von Dolus und Culpa ansah, ist schon erwähnt worden⁴⁾. — Bei Paulus Castrensis dagegen bleibt es zweifelhaft, ob er die in der culpa lata der Quellen steckende bewufste Culpa auch zu seinem dolus praesumptus rechnet oder nicht, weil er nicht wie Baldus eine Mischung von Dolus und Culpa annimmt und in manchen Fällen, wo an eine bewufste Culpa gedacht werden muß, wie z. B. bei der nimia negli-

1) Odofredus, D. v. L. XVII. depos. l. q. N.

2) Dinus, de reg. jur. 65 „in pari causa“.

3) Über Albericus oben § 20 a. Ende, über Baldus § 22.

4) cf. Baldus i. § 22.

gentia des custos reorum in l. 12 D. 48, 3, nur eine ausnahme-weise dem Dolus gleichbestrafte culpa lata (nicht c. latior) sieht⁵⁾. Castrensis nimmt auch sonst bei gröblicher Verletzung der Amtspflicht, wenn der Thäter nicht „sciens se teneri“ gehandelt hat, culpa lata an, so auch im Falle des Folterrichters, der den Delinquenten culpos zu Tode martern läßt, obgleich dieser, wie auch der Gefangenenwärter, kriminell mit der poena ordinaria gestraft werden soll⁶⁾.

Am klarsten haben diejenigen, die die culpa dolo proxima als Culpa ansahen, sich dabei aber mit der wesentlichen Eigentümlichkeit der Fälle befassten, die bewufste Culpa in diesen Fällen als solche erkannt, So sagt Salicetus: „non cogitare casum naturaliter vel verisimiliter eventurum inspecta indigentia praesentis status est lata culpa“. Wer, obgleich er die Erfordernisse der Lage übersieht, dennoch den Gedanken abweist, daß der schlimme Erfolg wahrscheinlich und natürlicherweise eintreten werde, ist in lata culpa. Der Thäter hat das Bewußtsein von der Gefahr, glaubt aber nicht an den Eintritt und kümmert sich nicht weiter darum. Daher ist der auctor violentiae hinsichtlich der Tötungen nur in lata culpa d. h. in bewufster Culpa; ebenso der Gefangenenwärter bei grober Vernachlässigung der übernommenen Amtspflicht, der „mentor, qui falsum modum dixit“, denn überhaupt sind grobe Kunstfehler lata culpa („enormiter errare in arte consueta“)⁷⁾. Ferner ist nach Salicet lata culpa: „non denunciare id, ad quod quis tenetur“, wie z. B. wenn der fidejussor bewußt culpos die Erhebung der exceptio doli oder non numeratae pecuniae unterläßt⁸⁾, (obgleich er an sie denkt („sciens“); er glaubt aber, sie sei vielleicht unbegründet, oder der Schuldner werde es billigen). Ferner ist Unterlassen einer Pflicht aus Mitleid oder Freundschaft lata culpa: „gratia amici non faciens id, ad quod tenetur, est in culpa lata; secus

5) cf. oben § 22.

6) P. Castrensis, Nov. prael. D. n. ad l. Cor. de sic. l. lege § cum quidam no. 1 u. 2, u. D. n. de cust. reor. l. milites.

7) a. a. O. no. 17.

8) cf. Salic., D. n. mand. l. si fidejussor (l. 29 pr.).

si recepit pecuniam, quia tunc in dolo dicitur“⁹⁾. Hier zieht Salicet schon bewußt pflichtwidrigen Vorsatz in das Gebiet der bewußten Fahrlässigkeit hinein.

Auch Alciatus versteht unter lata culpa, soweit er darin keinen dolus praesumptus sieht, in erster Linie die bewußte Culpa und vermischt mit ihr Fälle bewußt pflichtwidrigen Vorsatzes ohne dolus malus. Als Beispiel der culpa lata, die „tam supina et inexcusabilis . . . est, ut tametsi non praesumatur fraus, parum tamen ab ea distet“, führt Alciat an: wenn jemand „in gratiam amici negligens“ ist; denn, sagt er, „licet . . . gratia et nimia facilitas excuset a dolo, proxima tamen illi est“, und deshalb werde für supina culpa meist wie für Dolus gehaftet¹⁰⁾.

Die Anhänger des Zasius, wie Cagnolus und Bargalius, sehen in der culpa lata ignaviae vor allem die bewußte Culpa, was schon aus der Umschreibung als „supina securitas, — nulla cura — facilitas — oscitantia“ hervorgeht¹¹⁾. Cagnolus (und nach ihm Bargalius) giebt auch zu, daß, wenn in den Quellen von Culpa schlechthin gesprochen wird, immer nur culpa levis gemeint sei¹²⁾. Bargalius stellt aber die levis culpa, als unbewußte, der lata culpa, als bewußter Culpa, auch ausdrücklich gegenüber: „dicitur levis culpa, non quia leve damnum semper infert . . . , sed quod nulla conjectura colligi potest animus mali consocius“¹³⁾.

§ 29.

2. Die bewußte Culpa in Konkurrenz mit Dolus.

Noch schwieriger, als die Erkenntnis und die Ausscheidung der in der culpa lata der Quellen steckenden Fälle bewußter Culpa, war für die italienischen Juristen die richtige Beur-

9) ebenda l. si procuratorem § dolum (l. 8 § 9 f.).

10) Alciat., D. n. de V. S. l. 223 latae c. no. 1—5.

11) cf. oben § 26, a. Ende.

12) Cagnolus, de reg. jur. l. contractus no. 15. Bargalius de dolo V. cap. 3 qu. 3 no. 18 u. 19. cf. auch Decian., l. c. 6 no. 21.

13) Bargalius, a. a. O. qu. 1 no. 4—6.

teilung derjenigen Fälle, wo bewußte Culpa mit Dolus konkurriert.

Bei idealer Konkurrenz von Dolus und Culpa absorbiert nach der Anschauung der meisten italienischen Juristen der Dolus völlig die Culpa. Dafs eine That auf eine zweifache Willensschuld des Thäters zurückgeführt werden könne, schien ihnen nicht denkbar. Sie übersahen, dafs der Wille hinsichtlich der verschiedenen Wirkungsstadien und Wirkungsrichtungen der gewollten Handlung einen verschiedenen Inhalt haben könne. Sie rechneten daher bei doloser Handlung auch den über die Absicht des Thäters hinausgehenden Erfolg zum Dolus zu, wenn bei ihm das Bewußtsein von der Möglichkeit des schwereren Erfolges augenscheinlich vorhanden war. — Nur Einzelne, wie Raphael Cumanus, äußerten Bedenken¹⁾, oder nahmen in einzelnen Fällen Culpa an, wie Salicetus im Falle des auctor rixae in Bezug auf die Tötungen, Verwundungen etc. und beim poculum amatorium²⁾.

Gegen die herrschende, durch Cinus, Bartolus und Baldus befestigte Ansicht erhob sich im 15. Jahrhundert eine energische Opposition, die an die berühmten Gutachten der Advokaten Franciscus de Capitibus Listae, Antonius de Rosellis und Angelus de Castro zum Prozeß „Johannes ab Aggere“ anknüpfte³⁾. Diese wollten in solchen Fällen den Erfolg bloß zur Culpa zurechnen. Der Thäter sei nur hinsichtlich der von ihm absichtlich vorgenommenen Handlung in dolo, hinsichtlich des schwereren Erfolges nur in culpa, weil das bloße Bewußtsein von der Möglichkeit noch kein Wille sei, sondern eben nur Fahrlässigkeit beweise. Diese Meinung vertraten gegen die herrschende, außer jenen Jurisconsulten, insbesondere Philippus Decius und Hippolytus de Marsiliis; von den Späteren auch Julius Clarus. Alciat läßt ebenfalls die alte Art der Zurechnung zum Dolus fallen, wenn er sich auch nicht rückhaltlos dem Decius anschließen

1) cf. oben § 12.

2) cf. oben § 12. Nur bei wirklichem Vorherbedenken der Gefahr nimmt er Dolus an.

3) Caepola, Cons. 35, 36, 37, 38. cf. oben § 13.

will⁴⁾. Es wurde also im Falle des *mandans vulnerari* dolose Körperverletzung in Konkurrenz mit culposer Tötung, bei Aberrationsfällen Tötungsversuch gegen den A in Konkurrenz mit culposer Verletzung, resp. Tötung des B, dolose Abtreibung oder Beibringung eines Liebestrankes in Konkurrenz mit culposer Vergiftung der Mutter oder Geliebten angenommen⁵⁾.

In späterer Zeit behauptete sich aber, wie schon erwähnt, die Bartolinische Doktrin als die herrschende, insbesondere nach den Ausführungen des Bossius.

Jedoch wurde die bewusste Culpa meist nur bei Konkurrenz mit doloser Handlung verkannt. In Fällen, wo keine dolose Handlung konkurriert, sondern eine an sich erlaubte Handlung vorgenommen wird, wird der vom Thäter verursachte rechtswidrige Erfolg auch bei Bewußtsein von der Möglichkeit nicht zum Dolus, sondern zur Culpa zugerechnet, so z. B. culpose Tötung beim Spiel in Folge von Nichtbeachtung der Regeln, beim Spiel an verbotenem, weil gefährlichem Ort, Tötung durch schnelles Reiten auf verbotenem Wege⁶⁾, durch Herabwerfen von Baumästen ohne Warnung der Vorübergehenden, Tötung eines Diebes durch eine Diebsfalle, in der er nur gefangen werden sollte⁷⁾. Zwar meinten Viele beim Bewußtsein von der Gefahr und grober Nachlässigkeit Dolus präsumieren zu müssen, doch bestätigt das nur die Auffassung, daß ein Bewußtsein von der Möglichkeit des Erfolges an sich noch nicht Dolus sei. Z. B. jemand, der heiraten will, wird wiederholt gewarnt: die Braut sei seine ihm unbekannte Schwester, er aber kümmert sich nicht darum („*nec curat scire, nec credit*“). Cinus meint, er sei in culpa damnable und scheine seinen Irrtum zu heucheln, und sieht hierin einen Fall der culpa lata, bei dem Dolus zu präsumieren ist⁸⁾.

4) cf. oben § 13.

5) cf. oben a. a. O.

6) cf. Bonif. de Vit. s. malef. de insultu 45.

7) Al. Tartagnus, Cons. II, 140. Ph. Decius, Cons. 482 no. 10 und 12.

8) Cinus, C. de incestis l. qui contra, no. 1.

III. Culpa im Verhältniß zum Casus.

§ 30.

1. Auslegung und Einfluß der römischen und kanonischen Quellen inbetreff der Lehre vom verschuldeten Casus.

I. Die römischen Quellen verstehen unter „casus“ dreierlei: den Zufall, das Nichtverursachte, ferner das schuldlos zufällig Verursachte, endlich das schuldhaft zufällig d. h. nicht absichtlich Verursachte. Das Nichtverursachte kommt hier nicht in Betracht, denn nur Verursachung begründet die Schuldfrage.

Wenn die römischen Quellen bei Delikten Willen und Vorsatz („velle, voluntas, propositum“) dem „casus“ gegenüberstellen, so bezeichnet casus sowohl das unverschuldet Verursachte, als auch die schuldhafte Verursachung, die culpose Herbeiführung eines rechtswidrigen Erfolges im Gegensatz zur dolosen. Die Zusammenstellung erklärt sich daraus, daß bei den Römern das culpose Delikt kaum eine Bedeutung hatte: wie es in früherer Zeit gleich der bloß casuellen Schadensverursachung gesühnt werden mußte, hatte es in späterer Zeit fast immer, wie diese, bloß civilrechtliche Folgen.

Die Glosse mußte sich natürlich mit der Erklärung dieses umfassenden Begriffes des „casus“ befassen und die in ihm enthaltenen Begriffe des Zufalls und der Culpa als unverschuldeten und verschuldeten Casus einander gegenüberstellen. Diese aus der Texterklärung hervorgegangene Unterscheidung erhielt sich auch in der späteren italienischen Doktrin, so daß auch in allgemeinen, gar nicht auf die Quellen oder die Glosse beziehenden Erörterungen über Casus stets strafloser, weil unverschuldeter, und strafbarer, weil verschuldeter, Casus unterschieden wurde, obgleich manche auf das Überflüssige und Mißverständliche dieser Bezeichnung, die einen Unterschied zwischen Culpa und verschuldetem Casus anzudeuten scheine, hinwiesen.

Einige Glossatoren scheinen in der That einen solchen

Unterschied gemacht zu haben, wahrscheinlich, indem sie neben der culpa levis und levissima auch noch verschuldeten Casus als Haftungsgrund nannten. Hierauf bezieht sich offenbar Azo's Zurückweisung eines „medium“ zwischen „casus fortuitus“ und Culpa, das von einigen mit der Begründung anerkannt werde, daß daraus, daß etwas ohne Culpa geschehe, noch nicht folge, daß es durch Casus sich ereignet habe¹⁾. Azo seinerseits sagt: „est casus fortuitus, quando aliquid contingit, ut mihi dolus vel culpa levis aut levissima non possit imputari“²⁾.

Daß die Glosse des Accursius kein solches medium annimmt, sondern den zurechenbaren Casus als Culpa betrachtet, geht aus der Bemerkung zur l. 11 § 2 D. de poen. 48, 19 („delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu“) hervor; die Glosse sagt: „aut quis delinquit sine animo ut casu: et non punitur. Aliquando culpa levi vel levissima et tunc punitur propter culpam.“ Sie löst den casus der Quellen in straflosen Casus und Culpa auf³⁾. An anderen Stellen erklärt sie den casus der Quellen in der von der Doktrin beibehaltenen Weise als unverschuldeten und verschuldeten, d. h. Casus, dem „culpa praecessit“. So bemerkt die Glosse zur l. 3 D. ad l. Cor. de sic. (wo es heißt: „... poena lenienda, qui in rixa casu magis, quam vol. homic. admisit“): „casu — culpa tamen praecedente, et ideo punitur casus“, und Accursius fügt hinzu, „casus“ sei hier gleich „negligentia“, denn „alias casus non esset puniendus“.

Nach der Glosse und der herrschenden Meinung liegt also casus fortuitus vor, wenn dem Casus „nulla

1) Azo, Com. IV. C. de pign. act. (tit. 24), l. 5. „Quidam dixerunt quoddam medium inter casum fortuitum et ista: quia non sequitur, quod si sine dolo meo et culpa lata, levi et levissima sit aliquid factum, quod per casum contingat. Sed satis dici potest.“ — Jene haben vielleicht auch nur den Unterschied zwischen unverschuldeter Verursachung und reinem Zufall, Nichtverursachung andeuten wollen.

2) Azo, a. a. O.

3) cf. auch die von Jason zitierte Glo. z. l. 4 pr. D. naut. caup. stab. 4, 9, in der es heißt: „inter levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium“.

culpa praecessit“, dagegen *Culpa*, wenn dem *Casus* „*culpa praecessit*“. Das ist aber nicht so zu verstehen, als wenn der Erfolg schon dann zur *Culpa* zugerechnet werden soll, wenn der Thäter überhaupt irgend eine schuldhafte Handlung begangen hat, auf die dann der *Casus* folgt (das wäre der sich später geltend machende kanonische Standpunkt), sondern der *Casus* wird als *Culpa* zugerechnet, wenn eine Handlung des Thäters, sei sie nun an sich schuldhaft oder nicht, vorausgegangen ist, die durch seine Schuld Ursache des Erfolges geworden, was er durch Vorsicht hätte vermeiden können und sollen. Oldradus bezeichnet das kurz durch die Worte: „*culpa fuit praeordinata ad casum*“, während die Glosse und viele ältere Juristen dies nicht klar hervorheben. — Vivianus führt zur l. 11 D. ad l. Aquil. 9, 2 den im Text erwähnten Fall an: Auf öffentlichem Platze, wo mit Wurfgeschossen gespielt wird, rasiert ein Barbier, wird zufällig getroffen und schneidet seinem Kunden die Kehle durch. Der Barbier ist in *culpa*, wenn er sah, daß gespielt wird. Wufste er das nicht, so liegt *Casus* vor⁴⁾. Man denke sich den Fall aber so: es wird auf dem Platze gespielt, und es ist augenscheinlich gefährlich und leichtsinnig, zu rasieren. Wenn nun trotzdem hierdurch kein Unglück geschieht, sondern durch ein zufällig durchgehendes Pferd der Barbier gestossen wird und seinen Kunden verletzt, so ist das strafloser *Casus*, obgleich der Barbier in Schuld war und denselben Erfolg durch seinen Leichtsinns hätte verursachen können. — Wenn Odofredus sagt, daß ein gefährliches Spiel an verbotenem Ort *Culpa* sei und der eintretende *Casus* zugerechnet werden müsse⁵⁾, so sieht er die „*culpa praecedens*“ nicht in der Übertretung des Verbotes als eines solchen, sondern im Spielen an einem Orte, wo es Gefahr bringt und deshalb verboten ist.

Der mißverständliche Ausdruck „*culpa praecessit*“ wurde von den Meisten in richtiger Weise angewandt und ver-

4) Glo. a. a. O. Vivian. casus.

5) Odofredus, D. v. ad l. Aquil. L. IX. l. si servus § sed si per ludum. — Ebenso: „*barbitonsor non tenetur, nisi posuit in loco, in quo ponere non debebat.*“

standen. — Oldradus behandelt in einem Consilium die Verantwortlichkeit des Befehlshabers eines castrum. Er hafte, wenn der Feind es erobert, für culpa levissima. Zweifelhaft sei es bei „casus, qui nullo humano iudicio praevideri possunt“. Oldradus unterscheidet: a) „culpa praecessit“, z. B. er hatte nicht soviel Mannschaft, Waffen, Proviant, als er zu halten verpflichtet war, — dann haftet er, weil „culpa fuit praeordinata ad casum“; b) „culpa non praecessit“, weil er seine Pflicht vollkommen erfüllt hat, dann ist die Eroberung reiner Casus, er haftet nach gemeinem Recht nicht, sondern nur „de jure nobilium“⁶⁾. — Albericus redet fast immer nur von einer culpa praecedens, ohne eine kausale Beziehung dieser zum Casus anzudeuten. Verwundung durch Casus sei straflos, „nisi culpa praecessit“⁷⁾. — Die richtige Auffassung bei zu unbestimmter Ausdrucksweise zeigt sich auch bei Cinus an einer Stelle. Er unterscheidet die Fälle, wo das Delikt „culpa“ begangen ist, von denen, wo es „casu“ begangen ist, und hier: „aut culpa praecessit delictum punitur; aut non praecessit culpa non punitur“⁸⁾.

Diese durch die römischen Quellen veranlaßten, aus der Glosse stammenden ungenauen Ausdrücke wurden also von jeher richtig aufgefaßt; sie mußten aber dem steigenden Einfluß des kanonischen Rechts in dieser Lehre Vorschub leisten, denn wörtlich genommen bezeichnen sie genau den abweichenden Standpunkt des kanonischen Rechts.

II. Das kanonische Recht kennt einen viel weiter reichenden Begriff der Schuld, was sich aus seinen religiösen und pädagogischen Grundprinzipien erklärt. Diesen Prinzipien gemäß fühlte sich die Kirche durch göttliche Mission befähigt und berechtigt, das innere Verhalten des Menschen nach dem

6) Oldradus, Cons. 92. Dasselbe meint über diesen Fall Albericus, er drückt sich aber ungenauer aus. Alberic. D. n. de cust. reor. l. non est facile no. 4.

7) Alberic. C. ad l. Cor. de sic. l. is qui c. t. no. 4, ebenso C. de episc. et cl. l. si quis n. dic. no. 13. „c. praecessit“ u. „non pr.“

8) Cinus, C. de episc. et cl. l. si quis n. d. no. 3, V. — cf. weiter unten S. 214 f.

religiösen und sittlichen Gesetze auch da zu beurteilen und zu verurteilen, wo der Staat oder ein gewöhnlicher Richter sich gar nicht anmaßen durfte, ein Urteil zu fällen. Was dem menschlichen Rechtsgefühl als unverschuldeter Zufall erscheint, wurde vom strengen kirchlichen Richter auf verborgene Schuld zurückgeführt. Der Gedanke, daß jedes Verbrechen vor allem Sünde sei, die den Schuldigen der Macht des Bösen unterwerfe, führte zur Annahme, daß der überhaupt schuldhaft Handelnde mehr zu verantworten habe, als ein nicht schuldhaft Handelnder. Auch der nicht beabsichtigte, nicht geahnte, ja überhaupt nicht voraussehbare Erfolg muß an dem gestraft werden, der durch eine Sünde der bösen Macht die Herrschaft über sich eingeräumt hat, so daß sie ihn als Werkzeug zum Verderben anderer benutzen kann. Wer sündigt, unterwirft sich schuldhaft allen schlimmen Wirkungen der Sünde. — Der Folgesatz hieraus lautet in juristischer Form: Wer eine unerlaubte Handlung vornimmt, haftet für alle ihre Folgen, auch für die, die er gar nicht voraussehen konnte, — wer überhaupt in Schuld ist, haftet auch für den sich mit seiner Handlung verknüpfenden Zufall.

Diese Folgerungen wurden vom kanonischen Rechte mit aller Schärfe gezogen; ausgesprochen aber wurde dies Imputationsgesetz nur für die Abwägung der Schuld, insofern sie die Irregularität zur Folge hatte, also den Schuldigen hinderte, ad ordines promoviert zu werden.

Die Grundsätze des kanonischen Rechts fanden durch das „Speculum“ des Durantis in der italienischen Doktrin Eingang. Durantis faßt in wenigen Sätzen die Schuldlehre des kanonischen Rechts zusammen: „.... si quis sponte committat homicidium proprio manu fit irregularis. Idem etiam est, et si non sponte, sed casu: dum daret operam rei illicitae, vel si non adhibuit diligentiam, quam debuit. Si autem casu committitur homicidium et dabat operam licitae rei et adhibuit diligentiam, quam potuit, ex hoc non fit irregularis.“ Durantis weist hierbei die noch weitergehende Meinung „anderer“ zurück, daß auch im letzten Falle Irregularität eintreten müsse, „licet ei non imputetur ad

culpam, quia Deus cor interrogat, lex autem opus quaerit“⁹⁾. Irregularität soll also nach Durantis, wenn das Verbrechen „casu“ geschieht, eintreten: 1) bei unerlaubter Handlung mit zufälligen Folgen (rei illicitae o. d.); 2) bei Fahrlässigkeit, Culpa (diligentiam non adhibere), und zwar auch bei erlaubten Handlungen. — Baldus giebt die kanonische Lehre richtig wieder, wenn er sagt: Nur bei erlaubten Handlungen unterscheide das kanonische Recht, ob der Thäter alle mögliche Aufmerksamkeit angewandt habe, oder nicht, und strafe nur im letzten Fall; bei unerlaubter Handlung hafte er dagegen ohne Unterschied für die Folgen: „si dabat operam rei illicitae, tunc indistincte tenetur et punitur“¹⁰⁾.

Die italienischen Juristen bezogen meist — z. B. auch Baldus — diese auf die Folge der Irregularität sich beziehenden Sätze des kanonischen Rechts auch auf das weltliche Strafrecht. Manche hielten sie auch für thatsächlich anwendbar und waren geneigt in Kriminalfällen die Schuldfrage nach ihnen zu entscheiden, indem sie die weltliche Straffolge mit der kanonischen Irregularität in Parallele setzten. Eine ausdrückliche Zurückweisung der Gleichstellung des kirchlich-priesterlichen und des juristischen Maßstabes findet sich selten und nur in späterer Zeit, so bei Alex. Tartagnus und Decian¹¹⁾. 133

9) Durantis, Speculum I. partic. I, de dispensat § 4, no. 45.

10) Baldus, Practica judiciaria, qu. 9 fol. 44. — Ebenso Carerius, de homic. § 377 no. 3: nach kanon. R.: „quando dabat operam rei illicitae, sive adhibuit diligentiam, sive non, semper ei imputatur“ (So Felinus).

11) cf. Al. Tartagnus, Cons. II, 140 no. 6, wo er die Parallele zwischen kanon. Irregularität u. der poena ordin. in Bezug auf lata culpa bei Tötung u. im Allgemeinen zurückweist. — Decian tr. cr. IX. cap. 27, no. 8 weist darauf hin, daß das kanon. R. oft nur „propter horrorem facti et rigorem disciplinae ecclesiasticae“ strafe, und dadurch unterscheide er sich vom bürgerlichen Recht. — Covarruvias stellt (nach Caetanus u. S. Thomas) fest, daß auch nach kanon. R. diese Zurechnung sich nur auf die Folge der Irregularität beziehe: „... hanc distinctionem quoad irregularitatem esse admittendam, non tamen quoad peccatum. Si quidem ille, qui dat operam rei illicitae, si adhibuit diligentiam, quam debuit et potuit, ne homicidium casuale sequeretur, et nihilominus casu id contigerit, erit reus illius actus illiciti, cui dabat operam, non tamen

Die ungenaue Ausdrucksweise der älteren italienischen Juristen trug dazu bei, daß die Sätze des Durantis in der Doktrin Eingang fanden. Denn der Satz, daß eine culpa praecedens die Zurechnung des zufälligen Erfolges rechtfertige, sagte in seiner Allgemeinheit wörtlich genommen dasselbe, wie das kanonische Recht mit dem Satze: wer unerlaubt handelt, ist schuld an allen Folgen; umgekehrt konnte dieser Satz auch im Sinne der italienischen Doktrin erklärt werden. Und in der That wurden da, wo der Gegensatz zur kanonischen Lehre nicht betont werden sollte, oft statt des gebräuchlichen Ausdruckes: „aut culpa praecessit, . . . aut non“, die Worte des Durantis: „aut dabat operam rei illicitae, aut rei licitae“ gebraucht, auch von denjenigen, die zweifellos den kanonischen Standpunkt nicht anerkennen, wie Bartolus, Raphael Cumanus, Paul Castrensis, u. a.¹²⁾.

Gandinus vertritt die Auffassung des kanonischen Rechts als allgemein gültig, und hat dadurch offenbar dessen Einfluß in der Praxis begründet. Gandinus sagt: „Maleficium casu commissum nullo modo punitur“. Dann fügt er hinzu: „distinguendum est secundum Bernardum et jus canonicum“, es folgt dann die Unterscheidung nach Durantis. „Si dabat operam rei illicitae, — sagt er — sive adhibuit diligentiam, sive non, semper ei imputatur“. Gandinus fügt noch hinzu: „si vero necessitate homicidium commisit, tunc aut necessitas evitabilis, aut non evitabilis“, nur der erste Fall sei strafbar¹³⁾. Dieser Satz des kanonischen Rechts bezieht sich eigentlich nur auf notwendige Handlungen, resp.

? 4/11 2 Dur
cf. Bartol?
Gand. 204
Bern. Pap.
Summa Dec.

homicidii“. Covarruv. Op. om. T. I. Relection. p. II. § de homic. casuali, no. 1.

12) cf. Bartol. D. n. de poen. l. respiciendum § delinquent, no. 7: „volebam percutere feram et percussi hominem, non teneor, quia dabam operam rei licitae“. — Raph. Cumanus, D. n. ad l. Cor. de sic. l. 1 no. 3. „ . . . potius inspiciatur eventus, quam animus, praesertim cum dabam op. rei illic.“ — P. Castrens. Nov. Prael. D. n. eod. tit. l. divus, (wie Bart.). Salicet. C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 7.

13) Gandinus, tr. malefic. de homic. no. 21.

Unterlassungen, z. B. in Notwehr, Notstand, etc., nicht auf den Zufall. Gandinus will aber damit vielleicht eine einschränkende nähere Erklärung des Vorhergehenden andeuten. Diese Einschränkung würde seine späteren Ausführungen weniger inkonsequent erscheinen lassen, wo er keineswegs im Sinne des kanonischen Rechts entscheidet. So sagt er u. a., daß dem Verwunder der Tod des Verwundeten nicht zugerechnet werden kann, wenn er nicht „ratione vulneris“, sondern nur „propter malum et imperitum medicum“, oder durch die eigene Schuld des Verletzten herbeigeführt worden ist, z. B. der am Kopfe leicht verwundete Bauer erhitzt sich beim Pflügen in der Sonnenhitze durch übermäßigen Zorn gegen seine trägen Ochsen, verfällt in Wundfieber und stirbt¹⁴).

Bei Gandinus kommt die schwankende Unbestimmtheit der Doktrin seiner Zeit in dieser Frage zum Ausdruck. Erst durch Bartolus und Baldus wurde der kanonistische Einfluß zurückgewiesen und die Lehre präzise gefaßt.

§ 31.

2. Culpa und Casus in der italienischen Doktrin.

Die erste präzise Fassung der Lehre vom verschuldeten Casus bietet Jacobus de Belvisio und fast wörtlich mit ihm übereinstimmend Cinus¹). Beide sehen das entscheidende Moment für die Schuld in der Voraussebarkeit der Verursachung. — Jacobus de Belvisio unterscheidet: „Quidam est casus fortuitus, qui praevideri non potest, et tunc iste, qui talem casum fortuitum admisit, est extra omne delictum in totum“; Verursachung des Unvoraussehbaren ist schuldloser Casus. „Alius est casus fortuitus, qui praevideri potest, et tunc, quia culpa praecedit casum istum, ideo talis non est in totum extra delictum, sed quantum ad poenam leg. Cor. de sic. . . . quia ibi exigitur dolus. . . .

14) Gandin. a. a. O. no. 24.

1) Offenbar haben beide ihre Sätze einem Dritten, vielleicht ihrem Lehrer Dinus entnommen. Da Jac. de Belvisio seine Lehre speziell kriminalistisch faßt, gebe ich seiner Ausführung Raum.

Et ideo ratione culpaе extraordinarie punitur“. Ein voraussehbarer Casus sei z. B. Beschädigung des fremden Pferdes, wenn man es zum Kampfe braucht²⁾. Die culpa praecedens ist also schuldhafter Mangel an Vorsicht hinsichtlich des voraussehbaren Casus.

Grundlegend für die Folgezeit waren die Ausführungen des Bartolus und Baldus, die zuerst den Gegensatz zum kanonischen Recht scharf betonten und alle Voraussetzungen der Zurechnung eines casuellen Erfolges zur Culpa erschöpfend zusammenfaßten.

Bartolus sagt: culpos sei nur eine Rechtsverletzung die „per diligentiam hominis potuit praevideri“, „casus fortuitus praevideri non potest“³⁾. Damit ein Casus zurechenbar sei, fordert er eine culpa praecedens, die nachweisbar die wirkliche Ursache des Casus gewesen ist⁴⁾. Auch wenn der Thäter in Schuld ist, sagt Bartolus, kann ein Zufall, durch den ein schwererer Erfolg herbeigeführt wird, als der Thäter beabsichtigte oder voraussehen konnte, seine Schuld nicht erhöhen: „nec ei debet ex postfacto casu delictum crescere“. Wer einen anderen mit einem kleinen Stein oder Schlüssel leicht verletzt, haftet nicht für Tötung, wenn durch Nachlässigkeit oder Zufall die kleine Wunde Fieber und Tod zur Folge hat⁵⁾. Andererseits kann, auch wenn die Handlung einer Person unmittelbare Ursache der Verletzung ist, dieser Erfolg nicht zugerechnet werden, wenn der Eintritt in keiner Weise vorauszusehen war; z. B. wenn der Richter bei der Tortur das gewöhnliche Maß einhielt, wie es der Konstitution des Gefolterten angemessen war, und dieser trotzdem starb. Bartolus sagt, das sei auch

2) Jac. de Belvisio, Practica crim. III. cap. 26, no. 11 u. 12. Fast gleichlautend: Cinus, IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater, no. 1 u. 2. „Ea, quae casu fortuito accidunt, non noxae sed fato imputantur. Casus f. alius est etc.“ Statt „extra delictum“ heißt es „extra noxam“.

3) Bartolus, D. v. depos. l. quod N. no. 7.

4) Bartol. D. v. commodati l. si ut certo § interdum. Diese den wirkl. Kausalnexus betonende Stelle wird in der Folgezeit neben Baldus oft zitiert.

5) Bartol. tract. de percussione. fol. 159 no. 5, 7 u. 8.

ihm einmal passiert: als er einen jungen kräftigen Mann foltern liefs, sei dieser fast sogleich gestorben, wofür er nichts gekonnt⁶⁾. Auch bei der Beurteilung von Handlungen in gewissen unverschuldeten Zuständen, wie Schlaftrunkenheit, kommt es darauf an, ob eine vorhergehende Culpa nachweisbar ist, ob der schädliche Erfolg durch Sorgfalt hätte vermieden werden können, oder nicht. Der dormiens delinquens ist straffrei, wenn er sein vitium nicht kannte oder alle Vorsicht angewandt hat; kannte er seine Zufälle und unterliefs Vorsichtsmafsregeln, so ist er in culpa und haftet, wie der putator arboris, der die Vorübergehenden zu warnen unterliefs⁷⁾.

Baldus definiert den Casus als das Nichtvoraussehbare. „Casus fortuitus est, quem humana providentia praevideri non potest“, oder „casus fortuitus est accidens, quod per custodiam vel diligentiam mentis humanae non potest evitari ab eo, qui patitur“. Culpa ist dagegen „non intelligere, non cognoscere, futurum casum“, d. h. soweit er voraussehbar ist⁸⁾. — Baldus stellt alles die Culpa Ausschliessende zusammen: Notwendigkeit, Unmöglichkeit zu handeln, vitium naturale, Unglücksfälle bei regelrechtem Spiel⁹⁾. Er legt kein Gewicht darauf, ob die Handlung verboten ist, oder nicht, sondern erklärt: Für das Kriminalrecht komme nur der Unterschied in Betracht, ob die Handlung auf den Erfolg hinwirkte, oder nicht. „Aut culpa non est ordinata ad casum et excusatur per casum; aut culpa est ordinata ad casum et tunc non excusatur per casum“¹⁰⁾. Wenn die schuldhafte Handlung ihrer Natur nach nicht auf den eingetretenen Zufall hinwirkte, dieser also nicht voraussehbar

6) Bart. D. n. de quaestionib. l. 2 § quaestionis.

7) Bart. D. n. ad l. Cor. de sic. l. poena parric.

8) Baldus, IV. C. de pign. act. l. quae fortuitis, a. Anf.

9) Baldus, a. a. O. a. Ende. „Non est in culpa: qui facit, quod necesse, licet aliis nocet; — qui non facit, quod non est in potestate sua; — wer einem „viciu naturale“ gemäfs handelt: „vulpi dolus non imputatur ad viciu, quia natura ejus est; — non est culpa ludentibus impellere unus alterum, quia est de natura ludi“.

10) ebenda.

war, so ist er nicht zurechenbar. Wirkte dagegen die Handlung an sich, oder durch besondere Schuld des Thäters auf den Eintritt des Casus hin und verursachte ihn, wenn auch unvermutet, so ist der Erfolg zur Culpa zuzurechnen; denn die gefährliche Handlung hätte vermieden oder durch Vorsicht unschädlich gemacht werden können. Zur Illustrierung dieses Unterschiedes verweist Baldus auf die Beispiele der l. 5 § 7 D. commod. 13, 6¹¹⁾. Hier prägt er den Gegensatz der herrschenden Lehre gegenüber der kanonischen deutlich aus.

Den Gegensatz von zurechenbarem und nichtzurechenbarem Casus will Baldus auch mit seiner Unterscheidung von casus fortuitus und casus improvisus ausdrücken. „Casus fortuitus dicitur, quando non praecedit aliqua causa dependens ab eo, cui casus iste vult imputari; sed casus improvisus dicitur ille, ubi culpa praecedit“¹²⁾. Casus improvisus ist der unvorhergesehene, aber bei gehöriger Sorgfalt voraussehbare, in Betracht zu ziehende Zufall; casus fortuitus der nicht voraussehbare, entweder gar nicht verursachte, oder als mögliche Folge der Handlung nicht erkennbare, und daher nicht in Betracht zu ziehende Zufall. Der Ausdruck: „causa dependens ab eo . . . etc.“ soll nicht nur eine Beziehung des reinen Naturkausalismus, sondern auch eine solche des Willenskausalismus bezeichnen. Beim Unglücksfall im Spiel ist Kausalnexus vorhanden, oft auch augenscheinliche Gefahr; ein schlimmer Erfolg braucht aber nicht vorausgesetzt zu werden, da jeder sich bei den Gefahren des Spiels selbst vorsehen muß; nur Vorsicht nach Masgabe der Spielregeln ist Pflicht. Wenn daher, sagt Baldus, im Spiel jemand verwundet wird oder den Hals bricht, so haftet der Thäter nicht, „nisi studiose fecisset et extra naturam ludi, nam in ludo licet alium viribus superari“.

11) z. B. der Gebrauch eines Pferdes im Kampfe im Gegensatz zum Gebrauch bei gewöhl. Arbeit, die Anstellung eines Arbeiters zur Arbeit auf hohem Gerüst oder an gefährlicher, nicht in Ordnung gehaltener Maschine im Gegensatz zur Beschäftigung auf ebener Erde.

12) Bald. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. 1 no. 3. cf. z. B. D. v. ad l. Aquil. l. si servus servum § fornicarius no. 3: „vicio naturali non parcitur, quando culpa praecedit“.

Eine Verletzung bei Einhaltung der Spielregel ist daher casus fortuitus¹³⁾.

In seinen Consiliarentscheidungen fordert Baldus auch bei schuldhafter Handlung stets rechtlich relevanten Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg zur Imputation. Über den tötlichen Erfolg der Verwundung bemerkt er: „vulnus et mors se habet ut causa et effectus immediatus“ oder „mediatus“, in beiden Fällen haftet der Thäter für homicidium. Dagegen: „vulnus et mors non habent se ut causa et effectus, sed sunt omnino discrepantia, ita quod vulnus non influit in morte, nec mors dependet aliquo modo a vulnere per intrinsecum causam vulnerans non tenetur de occiso Idem est, si non adhibuit medicos vel adhibuit malos, vel se non custodivit a mortiferis“¹⁴⁾.

Diesen Ausführungen des Baldus folgen fast alle späteren Schriftsteller¹⁵⁾.

Salicetus faßt die Forderung des Bartolus: die culpa praecedens müsse die wirkliche Ursache des Casus sein, und die des Baldus: die Culpa müsse „ad casum ordinata“ sein, präziser zusammen. „Ubi culpa est causa casus, ibi tenetur culposus“, aber nur wenn „culpa fuit ordinata ad casum“. Andererseits haftet der Culpöse im Falle, wo „culpa potuit esse

13) Baldus, D. v. ad l. Aquil. l. si ex plagis § cum pila. cf. auch Cons. V. 222, wo Bald. für völlige Straflosigkeit des Verletzers spricht, „quia omnis fuit adhibita cautela, quae per quoscunque diligentes consueverit adhiberi, sicut est notorium practicanibus dictam artem.“

14) Bald. Cons. II, 237. cf. auch Bald. D. v. ad l. Aquil. l. si ex plagis (l. 52): „imperitia medici vel negligentia infirmi non imputatur percussori nec auget delictum“ u. eod. t. l. qui occidit § vulnerans. Ebenso bei eigener Schuld des Verwundeten z. B. „vulnerans non permisit curare, noluit medicis oboedire, etc.“ — cf. die allg. Bemerkungen über die Zurechnung Cons. II, 136 no. 16: „... (eventus noxius) aut praecedit a causis proximis et immediatis, tunc attenditur eventus respectu illarum causarum. Si autem non sunt causae immediatae, sed potius quaedam occasio, tunc eventus non adtribuitur illi principio remoto (z. B. der leichten Verwundung), sed causis propinquieribus (z. B. der später eintretenden Krankheit, dem Fehler des Arztes etc.).“

15) cf. Angel. Aretin. de malef. s. v. Et ex intervallo.

ordinata ad casum“, für den Casus nur dann, wenn dieser „propter illam culpam“ erfolgt ist, sonst nicht¹⁶⁾. Salicet fordert also für die Zurechnung des Casus eine „culpa ordinata ad casum“, die „causa casus“ ist. Ist die „culpa ordinata ad casum“ nicht wirkliche Ursache, so liegt strafloser Casus vor, ebenso wenn eine „culpa non ordinata ad casum“ Ursache des Erfolges ist (z. B. ich gehe unvorsichtig mit Feuer um bei einem Heuschuppen; er verbrennt, und darin ein dort schlafender Landstreicher).

Die Forderung des Kausalnexus bei Zurechnung des Erfolges fordert noch strenger Alexander Tartagnus, der sogar den strikten Nachweis verlangt, „quod ille casus contigit solum propter illam culpam, et quod casus aliter non pontuisset contingere, nisi illa culpa intervenisset“¹⁷⁾.

Die Lehre wurde in der Form, die ihr Bartolus und Baldus gegeben, die herrschende, und die meisten unterscheiden nach Baldus den casus fortuitus vom casus improvisus. — Nicht der Umstand, daß jemand in re illicita versirt, ist ausschlaggebend für die Zurechnung der unvermuteten Folgen einer Handlung, sondern ob die schuldhafte Handlung rechtlich relevante Ursache des Erfolges ist. Das ist sie nur dann, wenn sie als mögliche Ursache überhaupt erkennbar war und sich vermeiden liefs. In solchem Falle liegt casus improvisus vor, der „pro modo culpa“ zu strafen ist¹⁸⁾. Unter casus impro-

16) Salicet. D. v. commod. l. si ut certo no. 14 u. 15.

17) Al. Tartagnus, Cons. VI, 74 no. 7. Er führt diese strenge Beweisforderung als Meinung des Bartolus, D. v. commod. l. ut certo § sed interdum an.

18) Von den Späteren sind zu nennen: Angel. de Ub. C. de injur. l. si non convicii no. 8. = Ang. Aretinus, de malef. s. v. scienter dol. col. 2 und s. v. Et ex intervallo. — Farinacius zitiert hierfür insbes. die gute Ausführung des P. Castrensis, D. v. de l. Rhodia de jactu l. si vehenda § 1 u. 2. — Ph. Decius, Cons. 234 no. 3: der rei illic. op. dans hatte deshalb noch nicht für alle Folgen. — Hipp. de Marsil. Cons. 67 no. 52 ff. — Clarus Sent. § practica crim. qu. 50 fol. 163 über die culpa praecedens des ebrius u. dormiens delinquens. — Carerius, de homicid. S. 241 no. 6 u. 14 ff. u. S. 377 no. 5. — Menochius, de arbitr. jud. Cas. 327 no. 1—4 (c. praeced. des Nachtwandlers). Darüber auch Fari-

visus ist also in der Regel das culpose Erfolgsdelikt einbegriffen (z. B. culpose Verwundung mit tötlichem Erfolge). —

Manche weisen darauf hin, daß casus improvisus einfach Culpa, also gar kein Casus sei. So erklärt Salicet den Unterschied zwischen casus fortuitus und improvisus: „fortuitus ascribitur casui, non fortuitus culpae“¹⁹⁾, und Paulus Castrensis: „quando culpa praecedit casum, non dicitur proprie casus fortuitus, ideo quis de tali casu tenetur“²⁰⁾, — Caepola will die Unterscheidung des Baldus überhaupt nicht gelten lassen. Er meint, man könne weder nach jus commune, noch nach den Statuten diesen Unterschied machen, „quia ista differentia inter casum fortuitum et improvisum non sit secundum communem usum loquendi“²¹⁾. — Ebenso bemerkt Augustinus Ariminensis, daß der Casus, dem eine culpa praecedit, besser einfach als Culpa zu bezeichnen sei zur Vermeidung von Irrtümern²²⁾. — Auch Jason de Mayno scheint die Unterscheidung von casus fortuitus und improvisus abzulehnen, indem er sich auf die Glosse beruft, die ausdrücklich sage: „inter levissimam culpam et casum fortuitum nihil est medium“²³⁾. Er mißbilligt also die Bezeichnung casus improvisus, weil sie den Schein erweckt, als handle es sich um was anderes, als um Culpa. Der Sache nach stimmt er ausdrücklich

nacius, de poen. temper. qu. 98 no. 62 ff. u. de homicidio, qu. 126, III. no. 64 u. Decis. I, 28 no. 4 sagt Farinac.: zur Haftung sei notwendig, daß die „culpa ordinata ad illum casum“ sei. „Et dicitur ordinata ad casum, quando principaliter et directo respicit illum casum.“ Ebenso Cons. II. 153 no. 60 in Bez. auf Delikte.

19) Salicet, IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 2.

20) P. Castrensis, II. D. v. de pign. act. l. in rebus no. 4. — cf. auch II. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus: „qui delinquere noluit et tamen deliquit: aut ipse fuit in culpa, tunc punitur, sed mitius habita distinctione inter latam c., levem et levissimam. Aut deliquit per casum et tunc: aut praecessit culpa, et idem per omnia (d. h. lata, lev. leviss.); si nulla praecessit culpa, tunc in nullo tenetur, quia casus fortuitus non meretur poenam.“

21) Caepola, Cons. 33 col. 3.

22) August. Arimin., Add. zu Ang. Aret. de malef. s. v. Et appensate no. 1.

23) Gl. l. 4 pr. D. naut. caupon. stab.

dem Bartolus zu²⁴). „Casus fortuitus est, quando aliquid evenit sine culpa, quod praevideri non poterat“²⁵). Sonst liegt Culpa vor.

Der Grundsatz, daß nur pflichtmäßige Vorsicht, d. h. Vorsicht nach Maßgabe der Umstände und berechtigter Voraussetzungen, nicht jede überhaupt mögliche Vorsicht gefordert werden kann, und der Folgesatz, daß die objektive Vermeidbarkeit eines Casus an sich noch nicht Culpa begründe, wurde in späterer Zeit im Anschluß an Baldus noch mehr befestigt. Hier liefs sich die italienische Doktrin vom kanonischen Recht nicht beeinflussen, das bei einer an sich erlaubten Handlung den zufälligen Erfolg als schuldhaft zurechnet, wenn er überhaupt durch menschliche Vorsicht vermeidbar ist, mag auch im einzelnen Falle kein Grund, und rechtlich keine Pflicht zu größerer, als der angewandten Vorsicht vorhanden sein²⁶).

Nach der herrschenden Meinung ist daher stets straffloser casus fortuitus überall auch da anzunehmen, wo jemand erlaubte Handlungen vornimmt und dabei die gewöhnliche, der Sache und den Umständen entsprechende Vorsicht beobachtet.

Diese Lehre bildete die italienische Doktrin insbesondere bei der Beurteilung der Unglücksfälle beim Spiel aus. — Bei allen Spielen, die „virtutis gratia“ ausgeübt werden, mögen sie auch noch so gefährlich sein, ist eine Verletzung oder Tötung als zufällig zu betrachten, wenn sie nicht durch schuldhafte Übertretung der Spielregeln herbeigeführt worden ist. Schon die Glosse sagt in diesem Sinne: „est enim de natura ludi unum alium impellere“²⁷). Dies war auch die Lehre des Baldus²⁸).

Paulus Castrensis erklärt eine Verletzung bei allen Spielen, die „virtutis exercendae“ oder „laudis acquirendae

24) Jason, I. D. v. si quis cautionib. l. sed et si q. § quaesitum, no. 31.

25) Jason an e. Stelle des D. n.

26) cf. Katz, kanon. Strafr. § 4.

27) Glo. zu l. 52 § 4 D. ad l. Aquil. 9, 2.

28) Über Baldus cf. oben S. 217.

gratia“ stattfinden, für straflosen Zufall. Nach gemeinem Recht seien „pugnae“ und „colluctationes“ zu diesen Zwecken erlaubt, und wer „in publica pugna pugnantem percutit“, sei straflos²⁹⁾. — Hiergegen bemerkt allerdings Bonifacius de Vitalinis, daß nicht alles Spiel sei, was man so nenne; so entschuldige ein gefährliches Spiel mit dem Schwerte die Verletzung nicht³⁰⁾.

Wenn dagegen die Verletzung im Spiele durch ein Verhalten verursacht wird, das nicht durch das Spiel geboten ist, so wird Culpa angenommen. Angelus de Ubaldis bespricht den Fall, wo beim Ringen der eine über den anderen fällt und ihm dabei das an der Seite hängende Messer in den Leib drückt. Der Mann sei in culpa, weil er das Messer hätte ablegen sollen³¹⁾.

Eingehend beschäftigt sich mit casueller Tötung beim Spiel Marianus Socinus. Er verteidigt dabei die Notwendigkeit der Spiele. Wo bei regelrechtem Spiele an geeignetem Orte und bei Beobachtung der gebotenen Vorsicht ein Unglück vorkomme, liege ein unvermeidlicher Casus vor. Wenn daher bei „allevationis, virtutis, fortitudinis, agilitatis corporis, publicae laetitiae causa“ betriebenen Spielen der Tod jemandes verursacht werde, könne keine Strafe verhängt werden: „quia talis ludus non est verisimiliter ordinatus ad talem casum.“ Es sei auch keine Culpa vorhanden, sondern ein „homicidium casu commissum“. Wenn aber beim Spiel die gewöhnliche Vorsicht außer Acht gelassen, oder das Spiel „non in loco consueto“ vorgenommen worden sei, könne der Casus zur Culpa zugerechnet werden³²⁾. — Ebenso entscheidet Philipp Decius in einem Rechtsgutachten zu Gunsten eines Angeklagten. Der Faustkampf sei als Spiel „virtutis causa“ erlaubt, eine Verletzung nach den Regeln des Kampfes daher strafloser Casus. Er führt sogar an, daß auch ein Kleriker, der beim

29) P. Castrens, D. v. ad l. Aquil. l. qua actione § si quis in colluct.

30) Bonif. de Vitalin. de insultu, no. 18. Er meint aber wohl nur „gefährliches Spielen“, nicht ein regelrechtes Kampfspiel.

31) Angelus de Ub. II. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 3.

32) Marian. Socinus, Cons. I, 16 no. 5 u. 6.

Ringen einen anderen unverschuldet tötet, nicht gehindert sei „ad ordines sacras promoveri“, was am besten beweise, daß in solchen Fällen keine Culpa zu erblicken sei. Auch schon nach der Glosse bedürfe es bei einem Todesfalle im Spiele keines weiteren Beweises, daß ein Casus vorliege, denn „tale homicidium a casu reputatur et per consequens impunibile“³³⁾.

Mit der Zeit scheint aber bei gefährlichen Spielen die Lizenz doch allzuweit gegangen zu sein, zumal, wo derartige Spiele eine alte Gewohnheit waren, wie in Mailand und Siena die Faustkämpfe, in Bologna das Steinwerfen der halbwüchsigen Buben. Nach dem Zeugnisse des Hippolytus de Marsiliis, der zu Bologna lehrte, kamen häufig dabei Tötungen vor, die völlig straflos blieben: „nam talis colluctatio permittitur gratia virtutis“³⁴⁾. In seinen Consilien tritt er auch für Straflosigkeit ein³⁵⁾, in seiner „Practica“ dagegen wendet er sich gegen den Usus, solche Fälle straflos zu lassen. Wenn auch im Allgemeinen eine alte Gewohnheit entschuldige, so bezweifle er, daß dies „in causa homicidii et in aliis casibus a jure divino prohibitis“ statthaben könne. Er meint, daß eine solche Unsitte nicht eine Gewohnheit, sondern eine Usurpation sei, auf die man keine Rücksicht zu nehmen brauche³⁶⁾. —

33) Ph. Decius, Cons. sive Responsa. Cons. 9, no. 4 u. 5.

34) Hipp. de Marsil. Practica crim. § quoniam no. 98 u. § Examinanda no. 9 (fol. 96), wo es heißt: „in aliqua civitate vel loco est consuetudo, licentia vel tolerantia ludendi cum pugnīs, ut est Senis et Papiæ ac etiam Mediolani, vel colluctandi cum saxis, ut est consuetudo et antiquus mos puerorum hic Bononiæ, tunc si in talibus ludis permissis sequatur aliquod homicidium, ut saepe contingit, talia homicidia sunt impunibilia et aliqua poena, nec corporali, nec pecuniaria punienda sunt“.

35) H. de Marsil. Cons. 67, no. 52 u. 53: Bei Tötung „in ludo cum pugnīs, prout luditur Senis“ . . . „judicari debet mors casualis, et sic non tenetur aliqua poena.“

36) Hipp. de Marsil. a. a. O. § quoniam, no. 101 u. 102. „Absurdum enim videtur, quod consuetudo tolleretur jus divinum, quod non a quocunque principe humano tolli potest. Et consuetudo, quae contradicit iuri divino, naturali vel gentium, non dicitur consuetudo, sed potius quaedam usurpatio.“

Auch Caepola erwähnt die Spiele der Buben in Bologna und nimmt bei Tötungen Culpa an³⁷⁾. — Philipp Decius dagegen meint, obgleich er jene Gewohnheit in Bologna und Siena eine „*corruptela*“ nennt, wie schon erwähnt: weil das Spiel erlaubt und Gewohnheit sei, sei Casus dabei straflos³⁸⁾.

Dieser von der herrschenden Meinung vertretene Standpunkt des Decius ist richtig und konsequent. Denn wenn die Handlung erlaubt ist, so ist nur solche Vorsicht Pflicht, die mit der Ausübung der Handlung vereinbar ist und die angemessene Achtsamkeit der übrigen Beteiligten in Betracht zieht.

§ 32.

IV. Strafbarkeit der Culpa.

Die allgemeine Strafbarkeit culposer Delikte wird in der italienischen Doktrin nicht bestritten. Die Frage wird kaum berührt. Im Allgemeinen wird anerkannt, daß die culpose Begehung eines Deliktes, bei dem „*dolus non est de substantia delicti*“, zu strafen sei¹⁾. Jedoch ist nach den Anschauungen des römischen Rechts und der italienischen Juristen manchen Delikten der Dolus wesentlich, bei denen nach heutiger Auffassung Culpa möglich ist. So wurde eine fahrlässige

37) Caepola, Cons. 30 u. 31.

38) a. a. O. cf. Anm. 33.

1) Baldus, VI. C. de furt. l. 20 no. 1 sagt: wenn der Erfolg schwerer ist, als der Thäter glaubte, so wird nach dessen opinio geurteilt, doch nur bei Delikten, in denen animus wesentlich ist. „*Sed ubi animus non est de substantia delicti, ibi veritas inspicitur: dummodo delinquenti culpa possit imputari*“. — Salicet, IX. c. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 6 sagt in Bezug auf Geldstrafen: „*. . . quando lex expresse non requirit dolum, cum tunc lata culpa ut dolus intelligatur in dispositione poenae includi*“. — Angelus de Ub. IX. C. de plag. l. plagii no. 2 sagt ganz allgemein: Dadurch, daß die Dolusstrafe wegfalle, werde ein Delikt nicht straffrei: „*non tamen excusaberis a poena temeritatis*“. — Bargalius sagt nach Baldus: „*in plerisque delictis deprehendatur levis culpa*“. — Auf Grund der allgemein lautenden Strafsätze der Pönalstatuten mußte die allgemeine Strafbarkeit der Culpa anerkannt werden. cf. oben § 25 S. 186.

Beleidigung nicht nur straflos gelassen, sondern es lag bei Mangel des animus injuriandi gar keine Beleidigung vor.

Eine Streitfrage bildet dagegen in der italienischen Doktrin die Frage nach der Grenze und dem Mafs der kriminellen Verantwortlichkeit für Culpa.

Da sich in den römischen Quellen nur wenige culpose Delikte finden und die italienischen Statutarrechte meist, oder, wie es scheint, fast durchgängig keine Bestimmungen über die Strafbarkeit der culposen Delikte treffen, vielmehr, ohne Dolus und Culpa zu erwähnen, einfach die That mit Strafe bedrohen, war dem Streit über die Grenzen der Verantwortlichkeit resp. über die Höhe der Strafe bei Culpa ein weiter Raum gegeben. Soweit die römischen Quellen Anhaltspunkte boten, wurde auf sie zurückgegangen. — Es waren hauptsächlich drei Fragen, um die es sich handelte: 1) ob alle Grade der Culpa, auch der geringste, kriminell strafbar seien? 2) ob culpa lata in Kriminalfällen wie Dolus zu bestrafen sei? 3) ob nach den Statutarrechten eine Strafmilderung bei Culpa zulässig sei?

I. Auf Grund der römischen Quellen vertrat die herrschende Meinung (Bartolus) die Ansicht, daß auch der geringste Grad von Culpa, culpa levissima, bei allen Delikten, die nicht wesentlich Dolus voraussetzen, strafbar sei. Einzelne (Cinus) schränkten die kriminelle Verantwortung auf lata culpa ein, andere (Baldus) suchten zu vermitteln und setzten als Grenze der Strafbarkeit die culpa levis in faciendo.

Die Glosse nimmt die kriminelle Strafbarkeit der Culpa in allen Graden an. So bemerkt sie zur l. 4 § 1 D. ad. l. Cor. de sic., wo von Tötung per lasciviam die Rede ist: „per lasciviam ergo per culpam“. Unter culpa schlechthin versteht sie immer auch levis culpa. Zur l. 11 § 2 D. de poen. 48, 19 spricht die Glosse aber auch von der Strafbarkeit der culpa levissima: „aut quis delinquit sine animo: ut casu et non punitur; aliquando culpa levi vel levissima: et tunc punitur propter culpam vel propter malum exemplum, sed levius“. Auch bei Azo findet sich keine Einschränkung krimi-

neller Haftung²⁾. Der Glosse folgte hier die communis opinio³⁾.

Erst Cinus verwarf diese Ansicht im Anschluß an die französische Schule. Nach der allein richtigen Ansicht des Jacobus de Ravanis, sagt Cinus, komme nur bei lata culpa Kriminalstrafe in Frage. Von der lata culpa beim incendium sagt er: „corporaliter punitur, sed non adeo graviter, sicut pro dolo“, von der levis culpa: „nec in corpore aliquid patitur, nisi sit non solvendo“. „Et sic ubi est negligentia, quae inducit levem culpam tantum, non est ibi duplex via agendi, sed una tantum: scilicet civilis“⁴⁾. Gerade die feuerpolizeilichen Strafbestimmungen wurden sonst von den italienischen Juristen als gesetzliche Grundlage für die Strafbarkeit culposer Delikte betrachtet. Cinus erkannte, daß sie nicht krimineller Natur waren. Nur bei Zahlungsunfähigkeit könne die Geldstrafe, wie auch die civilrechtliche Ersatzpflicht, in Körperstrafe umgewandelt werden. Er spricht das auch ganz allgemein aus. Mit Hinweis auf die Fälle, wo ein Delikt levi und levissima culpa begangen wird, sagt er: „et his duobus ultimis casibus non punitur criminaliter, sed civiliter tantum“⁵⁾.

Diese Auffassung bekämpft Bartolus. Die Culpa in ihrem ganzen Umfange sei strafbar, auch die levissima. Cinus Meinung widerspräche der l. 9 D. de incendio, die unzweifelhaft auch die geringste Nachlässigkeit mit Körperstrafe bedrohe,

2) Azo, Com. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. 1 no.3—5 u. Summa eod. no. 7: „leniendam poenam ejus, qui in rixa casu magis, quam voluntate homicidium commisit“.

3) Gandinus, de homicidio no. 20 spricht ganz allgemein von culposer Tötung und Brandstiftung: es werde milder gestraft „pro modo et qualitate ipsius culpae“, — „poena imponenda pro modo negligentiae sive culpae.“ — Oldradus, Cons. 92 führt nach den Quellen an, daß der Befehlshaber eines castrum bei Verlust desselben für culpa levis und levissima gestraft werde.

4) Cinus, C. qui accus. non poss. l. data opera.

5) Cinus, C. de episc. et cler. l. si quis non dicam no. 3. Punkt V.

und der l. 11 § 2 D. de poen.⁶⁾. — Ebenso hält Albericus an der herrschenden Meinung fest⁷⁾.

Baldus vertritt einen vermittelnden Standpunkt. Er schränkt die Haftung für Culpa ein. Criminaliter wird nach ihm gestraft: 1) die „culpa dolo proxima i. e. lata culpa“ stets, doch milder als Dolus; 2) die „culpa proxima latae culpa“⁸⁾, und zwar ist das „levis culpa in faciendo“ im Gegensatz zur „levis culpa in negligendo“, „nam quodammodo major culpa est facere, quam omittere“. Die letztere und die culpa levissima wird nie kriminell gestraft. Die Annahme des Bartolus sei daher falsch⁹⁾. Bei culpa levis kann aber in keinem Falle die poena ordinaria und überhaupt keine Kapitalstrafe verhängt werden, sondern nur Geldstrafe¹⁰⁾. An einer anderen Stelle spricht Baldus allerdings nicht von bloßer Geldstrafe, sondern von einer poena extraordinaria für culpa levis, die keine poena atrox sein dürfe: „in delictis nulla poena est ordinaria ratione culpa levis vel levissimae¹¹⁾ . . . si poena atrox imponitur per statutum, requiritur lata culpa, quia levis

6) Bartol. D. n. de poen. l. respiciendum § delinquant no. 4: „... [Cinus] male dixit contra hunc text.“

7) Albericus, C. de episc. et cl. l. si quis n. d. no. 11: „[delictum commissum] culpa levi vel levissima, tunc aut agitur ex delicto, in quo punitur dolus tantum, ut furtum rapina, et non punitur; aut ex delicto, in quo punitur etiam culpa, tunc etiam punitur.“ cf. auch Alberic. D. n. de cust. reor. l. non est facile no. 3. Der custos castri soll für c. levis u. levissima gestraft werden.

8) Baldus verweist hier auf l. 11 D. de incend. Er liefert also: „ut luxuria aut dolo sit proxima,“ luxuria ist ihm lata culpa.

9) Baldus, IX. C. qui accus. n. poss. l. 11 no. 5 am Ende. Gelegentlich sagt Baldus auch ganz allgemein mit Cinus: „quando agitur ratione culpa levis vel levissimae, non potest criminaliter agi.“ So Bald. I. C. de episc. et cl. l. si quis non dicam.

10) Bald. IX. C. qui accus. n. p. l. 11 no. 7. „... culpa punitur poena pecuniaria non autem capitali, quia nulla culpa levis est capitale crimen.“

11) Baldus weist auf die l. 14 D. de off. praes. 1, 18 hin, in der der Praeses angewiesen wird, die nachlässigen Wächter eines Wahnsinnigen, der seine Mutter getötet, mit einer Strafe zu belegen: „prout tibi levare vel onerari culpa ejus videbitur.“

non est talis culpa, quam lex abhorret, licet extraordinarie puniat“¹²⁾. — In seinen Consilien geht Baldus viel weniger weit. Dolus und culpa lata, sagt er, müsse stets gestraft werden, zweifelhaft sei es aber bei der culpa levis und levissima. Nach Cinus seien beide nicht kriminell strafbar. Baldus betont dann nur die Strafflosigkeit der culpa levissima. Dieses hat seinen Grund in der Stellung der Praxis zu dieser Frage, die wegen des allgemeinen Wortlautes der Statuten jede Culpa gleich strafen wollte. Baldus gründet deshalb bei Verteidigung von Angeklagten seinen Antrag für Strafflosigkeit oder mildere Strafe nicht auf das Vorliegen von culpa levis oder levissima, sondern sucht casus oder einen anderen Grund der Strafflosigkeit nachzuweisen¹³⁾.

Salicetus billigt die Ansicht der Glosse und des Bartolus, jedoch nur, insofern es sich nicht um res familiares, d. h. um im Hause gegen den Brotherren begangene Delikte handelt. In Bezug auf solche Fälle habe Cinus Recht, im Allgemeinen aber Bartolus¹⁴⁾.

Angelus de Ubaldis¹⁵⁾ und Paulus Castrensis¹⁶⁾ vertreten dagegen die Meinung des Bartolus, ebenso Caepola¹⁷⁾, während Angelus Aretinus, der alle Meinungen zusammenstellt, dafür hält, daß culpa levis zwar criminaliter gestraft werden könne, doch nicht corporaliter, sondern nur

12) Bald. IV. C. de pign. act. l. quae fortuitis am Ende.

13) z. B. im S. 218, A. 13 angeführten Fall: Baldus, Cons. V. 222.

14) Salicet. IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater no. 6. Er bezieht sich hier auf l. 11 § 1 D. de poen. 48, 19.

15) Angelus de Ub. II. D. n. ad l. Cor. de sic. l. divus no. 2 u. 3.

16) P. Castrensis, D. n. ad l. Cor. de sic. l. lege (4) § cum quidem. „Dicunt quidam, quod nulla culpa facit quem condemnari criminaliter, nisi lata Sed tu dic, quod etiam propter levem et levissimam punitur quis criminaliter, licet levius quam propter latam“, u. eod. l. divus: „punitur, sed mitius habita distinctio inter latam culpam, levem et levissimam.“

17) Caepola, Cons. 30: lata c. milder als Dolus, „et multo minus, si in ludo et per lasciviam“; u. Cons. 33: „. . . et quia ille, qui occidit aliquem ex culpa levi vel levissima puta per lasciviam, debet per quinquennium relegari“ Lata c. sei schwerer aber auch nicht capitaliter zu strafen.

mit Geldstrafe. Er teilt also die Meinung des Baldus, ohne jedoch die culpa levis in omittendo auszuschließen¹⁸⁾.

Später gewinnt die Meinung des Cinus, daß culpa levis nicht kriminell gestraft werden könne, die Herrschaft, wie Bossius¹⁹⁾ und Clarus²⁰⁾ konstatieren, die sie beide vertreten, während Bartholomaeus Socinus auf die Unterscheidung des Baldus hinweist²¹⁾. Aber noch Farinacius bezeichnet die Frage als kontrovers²²⁾. Er selbst meint in seinen Consilien wie Baldus: „levis culpa in committendo criminaliter puniri“, aber nur „accusatore interveniente“, also nicht ex officio²³⁾. An anderer Stelle sagt er dagegen, daß levis und levissima culpa kriminell strafbar sei²⁴⁾; an einer dritten endlich entscheidet er wie Cinus²⁵⁾. — Bei Celsus Bargalius finden sich meist nur Verweisungen auf die verschiedenen Meinungen²⁶⁾. Beim incendium nimmt er mit Baldus kriminelle Strafbarkeit der „culpa levis in faciendo“ an²⁷⁾.

In der Doktrin war diese Frage also bis zuletzt bestritten. Die Praxis dagegen scheint stets an der Strafbarkeit aller Culpagrade festgehalten zu haben²⁸⁾.

18) Angel. Aretin. de malef. s. v. scienter dolose no. 13 u. 14, u. s. v. incendiario no. 5 u. 6.

19) Bossius, Quomodo proced. per act. no. 38. „... in lata culpa . . ., pro qua solum modo criminaliter puniendus est, et non pro levi et levissima, nisi in subsidium.“ So meinen „communiter Dd.“ — cf. auch Boss. de homicidio no. 68 u. 69.

20) Clarus, Sentent. § homicid. s. v. culpa dicitur sagt: Das homicidium culposum könne nur bei lata culpa kriminell gestraft werden. Das sei communis opinio. Denn levis culpa werde mehr dem casus gleichgeachtet.

21) Barth. Socinus, Cons. IV. 54 no. 25.

22) Farinacius, de homicid. qu. 126 no. 51 u. 52.

23) Farinacius, Cons. II. 153 no. 45.

24) Farinac., de poen. temper. qu. 88 no. 77 u. 82.

25) a. a. O. qu. 87, II. no. 74—78.

26) Bargalius, de dolo V. cap. 4 qu. 15.

27) a. a. O. cap. 3 qu. 8 no. 53 u. 54.

28) cf. Baldus, Cons. V, 222.

II. Die Entscheidung der Frage, ob nach den römischen Quellen die culpa lata in manchen Fällen mit der Dolusstrafe belegt werden müsse oder könne, mußte verschieden ausfallen, je nachdem, wie man die „culpa dolo proxima“ auffaßte.

Für Kriminalfälle galt als Regel: „culpa lata dolo non aequiparatur“. Dieser Satz der l. Cornelia de sic. wurde also auf alle Kriminalfälle ausgedehnt. Es sollte nicht die poena ordinaria, sondern eine mildere arbiträre Strafe verhängt werden²⁹⁾. So sagt die Glosse ganz allgemein: die culpa lata werde in zwei Fällen nicht wie Dolus behandelt: 1) „in criminibus publicis“, 2) „in delatione sacramenti in litem“; und 3) fügt sie hinzu nach Azo, in Bezug auf infamia. Ebenso Odofredus³⁰⁾. — Oldradus macht eine Ausnahme geltend: „et licet lata culpa in criminibus dolo non aequiparetur, tamen fallit hoc ut D. de cust. reor. l. milites et l. [ad] commentariensem“³¹⁾. — Jacobus de Belvisio führt Guido de Suzaria für die Meinung an, daß ein Folterrichter, der Tod oder Krankheit eines Inquisiten durch übermäßiges Foltern verursacht, nach der l. Cornelia wie für Dolus gestraft werden müsse. Jac. de Belvisio ist jedoch nicht dieser Meinung: „si aliqua culpa committatur per judicem in torquendo et excedendo modum, non tenetur tamen l. Cor. de sic., nam in delictis lata culpa non aequiparatur dolo“³²⁾.

Ausnahmslos wurde die mildere Strafbarkeit der culpa lata von denen anerkannt, die nach Cinus und Bartolus neben der culpa lata eine culpa dolo proxima als dolus prae-

29) cf. Glo. zu l. 3 D. ad l. Cor. de sic. u. zu l. 7 eod. „culpa lata non in tantum puniatur ut dolus, punitur tamen culpa.“ — Gandinus, de homicid. no. 20: „Si autem delictum non ex animo, sed negligentia vel culpa commissum est, impunitum non esse debet tale maleficium, sed mitius puniri debet homicidium non ex animo punitur pro motu judicis et pro modo et qualitate ipsius culpae.“ Ebenso bei culposer Brandstiftung.

30) Glo. zu § 6. Inst. de susp. tutor. 1, 26. — Odofred. D. v. depos. l. quod Nerva.

31) Oldradus, Cons. 92.

32) Jac. de Belvisio, tr. crim. III, cap. 11 no. 7, 9 u. 10.

sumtus anerkannten, denn sie sahen dann die abweichenden Kriminalfälle als Fälle präsumierten Dolus an. Bartolus meint, es sei unrichtig, wenn die Glosse sage, die Regel „culpa lata dolo aequiparatur“ komme in allen Kriminalfällen nicht zur Anwendung. Nach Bartolus wird culpa lata dem Dolus nicht gleich gestraft: „in actionibus seu accusationibus descendentibus ex delicto, quoad poenam corporalem“, in Bezug auf Geldstrafen dagegen nur dann nicht, wenn die Lex oder das Statut ausdrücklich von Dolus spricht; sonst wird bei Geldstrafen culpa lata dem Dolus gleichgestellt³³). — Dies bemerkt auch Albericus de Rosato³⁴). — Angelus Aretinus und Tartagnus³⁵) schliessen sich dem Bartolus an.

Auch Baldus vertritt stets die mindere Strafbarkeit der culpa lata³⁶). Über die culpa lata beim incendium sagt er, daß sie zwar eine poena corporalis, aber nicht gerade die poena mortis oder quasi mortis naturalis, z. B. Verstümmelung zur Folge habe. Es könne auch eine viel leichtere sein. „Si propter latam culpam quis non excommunicatur, ergo non debet mori“, meint er³⁷). Doch erkennt er an anderer Stelle als Ausnahme den Fall des custos reorum und custos castri an³⁸).

33) Bartolus, D. v. depos. l. quod Nerva, Repet. no. 20.

34) Albericus, C. de episc. et cler. l. si quis n. dic. no. 10. Doch fügt er no. 11 hinzu: „vel dic aut committit in omittendo, et tunc mitius, aut committendo et tunc eadem poena“. Ferner: „vel dic trahit originem a re licita et tunc mitius, aut a re illicita et tunc eadem poena“, wie beim poculum amatorium. cf. auch Alberic. II. D. n. de cust. reor. l. non est facile no. 3, wo er als Ausnahmefall die lata c. des custos reorum und eines castrum anführt.

35) Angel. Aretin. de malef. s. v. scienter dolose no. 4. Al. Tartagnus, D. n. de acquir. possess. l. juste (11), no. 32. „Ubi agitur de poena corporali lata c. non aequiparatur dolo. Sed si imponit Statutum poenam pecuniariam tunc l. c. aequip. dolo“. cf. Tartagn. Cons. II, 140 no. 5, wo er auf das Unbillige der Gleichbestrafung hinweist, u. no. 6, wo er die unberechtigte Anwendung der kanonischen Grundsätze über die Folge der Irregularität auf das weltliche Strafr. zurückweist.

36) Baldus, IX. C. qui accus. non poss. l. 11 no. 7.

37) Bald. a. a. O. l. 10 no. 4.

38) Bald. IX. C. de cust. reor. l. ad commentariensem.

Nach Paulus Castrensis gilt die Regel, daß *lata culpa* oder *lascivia* nie mit der *poena ordinaria* oder überhaupt mit einer Kapitalstrafe belegt werden könne³⁹⁾. Die einzige Ausnahme bildet nach ihm der Fall, wo jemand gegen seine besondere Amtspflicht verstößt. „*Nota, quod in eo non requiritur dolus, qui delinquit in officio, ut puniatur etiam totaliter, sed sufficit lata culpa. Et sic gravius punitur quam alii.*“ Beispiele bieten der Fall des Gefangenewarters, durch dessen Culpa die Gefangenen entweichen, und der Fall des Folterrichters, der den Delinquenten *culpos* zu Tode martern läßt: „*licet dolo careat, quia videtur ad vindictam publicam fecisse, tamen debet decapitari, si fuit in lata culpa*“⁴⁰⁾. Sonst habe die Regel *lata culpa dolo aequiparatur* bei *delicta nominata* nie statt. Bei *delicta innominata*, („*ut cum punitur actus vel factum, qui non cadit in nomen alicujus maleficii*“, wie z. B. beim „*ensor, qui falsum modum dixit*“) werde zwar *lata culpa* dem *Dolus* gleichgestellt, aber nur aus dem Grunde, weil überhaupt nur eine *poena extraordinaria ad arbitrium judicis* möglich sei⁴¹⁾. — Castrensis hat ganz Recht, denn es giebt ja für diese *delicta innominata* keine vom Gesetz bestimmte Strafe. Dann wird man aber auch von einer *aequiparatio* mit *Dolus* kaum sprechen können, da der Richter bei arbiträrer Strafe sehr wohl in der Lage ist, einen Unterschied zu machen und das sicher thun wird.

Die Gegner der Bartolinischen Doktrin von der *culpa latior* sind genötigt in einer Reihe von Fällen Ausnahmen von der Regel anzuerkennen. Angelus de Ubaldis widerspricht daher der Lehre des Bartolus, daß bei *culpa lata* stets die Todesstrafe ausgeschlossen sei. Er, Angelus, sei immer an-

39) P. Castrensis, Nov. Prael. s. D. n. ad l. Cor. de sic. l. 4 lege Cor. § 1 cum quidem. „... l. c. non aequip. dolo in maleficiis“.

40) P. Castrensis, a. a. O. l. 4 lege Corn. no. 1 u. 2. — P. Castr. stellt also in diesen Fällen die reine *culpa lata* hinsichtl. der Strafbarkeit der *culpa latior* oder *dol. praes. essentialis*, (wenn der Thäter „*sciens se teneri*“ die Amtspflicht versäumt) u. dem *dolus malus* gleich.

41) P. Castr. a. a. O. l. 7 in lege. cf. auch Infort. sol. matrim. l. si mora no. 13.

derer Meinung gewesen und habe in den Quellen eine Reihe von Beispielen dafür gefunden, daß *lata culpa* mit dem Tode bestraft werden könne. Angelus führt unter anderen folgende Stellen an: l. 1 C. de priv. carcer. 9, 5, wo die Beamten, die das Verbrechen nicht verfolgen oder nicht unverzüglich anzeigen, mit der gleichen Strafe wie die Thäter bedroht werden; ferner l. 38 § 5 D. de poen. 48, 19 (Tötung durch einen Abtreibungstrank); als *casus notabilis* bezeichnet er die l. 14 D. ad Sc. Silian. 29, 5: nach dem Sc. Silianum sollen die Knechte, die beim Morde des Herren hätten Hülfe leisten können, mit dem Tode bestraft werden, wenn sie es unterlassen haben; in der l. 14 wird dies auch für einen *impubes servus* bestimmt, ohne Rücksicht auf *Dolus* und *Culpa*, indem nur gefordert wird, daß er imstande war „*rei intellectum capere*“⁴²⁾; endlich l. 12 D. de cust. reor.⁴³⁾ — Salicetus erwähnt folgende Fälle der Gleichstellung von *lata culpa* mit *Dolus* bei schwerer *poena corporis*⁴⁴⁾: 1) bei grober Vernachlässigung einer Amtspflicht („*ratione suscepti officii*“), z. B. im Falle des *custos carceris*; 2) wenn es bei einer *violencia* zu Verwundung und Tötung gekommen, wird der Urheber auch bei bloßer *culpa lata* mit der *Dolus*strafe belegt nach l. 6 C. ad l. Jul. de vi 9, 12.⁴⁵⁾; 3) bei fahrlässiger Tötung durch ein *poculum amatorium*, und zwar zum Zweck der Abschreckung, „*in terrorem facientium seu excogitantium*“; 4) bei den Majestätsverbrechen, wo schon *sola cogitatio* gestraft wird, l. 5 C. ad l. J. de maj. 9, 8. Ferner wird nach Salicet bei Geldstrafen stets *culpa lata* dem *Dolus* gleichgestellt. Die Unterscheidung, die hierbei die Glosse mache: „*si lex requirit dolum tunc aequiparetur, alias secus*“, sei — meint Salicet — ohne Sinn, denn wenn die *lex* nicht ausdrücklich *Dolus* erwähnt,

42) Angelus de Ub. IX. C. de plagiar. l. plagii. no. 2.

43) Angel. D. n. de cust. reor. l. 12 milites no. 3. Der sei nur in „*magna culpa*“, „*cui traditur homo ligatus, si eum custodit dissolutum*“, trotzdem Todesstrafe.

44) Salicet, IX. C. ad l. Cor. de sic. l. frater. no. 6 u. D. n. de pos. l. quod Nerva no. 17.

45) cf. hier auch Salicet, IX. C. ad l. Jul. de vi l. quoniam no. 6.

wolle sie ebenfalls dieselbe Strafe für Culpa verhängen. — Auch Augustinus Ariminensis hält die Lehre des Bartolus für unrichtig, und schließt sich Salicet und Angelus de Ubaldis an. Dabei bemerkt er, daß die Praxis dem Angelus Recht gäbe, so habe das Kollegium von Padua dessen Meinung gegen die des Bartolus ausdrücklich bestätigt⁴⁶⁾. — Raphael Fulgosius, der ohne weitere Kritik auf Bartolus Unterscheidungen der Schuldarten hinweist und dessen culpa latior zu akzeptieren scheint, entscheidet nichtsdestoweniger, offenbar seinem Lehrer Salicet folgend, in einer Reihe von Fällen, daß es sich um ausnahmsweise Bestrafung der culpa lata mit der Dolusstrafe handele, so im Falle der nachlässigen Richter⁴⁷⁾ und der feigen Sklaven, die ihrem Herrn nicht helfen⁴⁸⁾. (In beiden Fällen läge es nahe, die strenge Haftung auf Doluspräsumtion zurückzuführen.)

Von den späteren Juristen wird die Regel, daß lata culpa stets geringer zu strafen sei, meist ohne Feststellung von Ausnahmen angeführt, so häufig von Caepola, Franciscus de Accoltis, Phil. Decius, bei denen es sich freilich um Tötungsfälle handelt⁴⁹⁾; ferner bei Marsilius, Bossius und Clarus u. a.⁵⁰⁾ Einzelne Ausnahmefälle führen Jason und

46) August. Arimin. Add. zu Angel. Aretin. de malef. s. v. scienter dolose no. 5. „Angelus [de Ub.] consuluit contra Bartol. et illud consilium confirmavit Collegium Paduanum: quia imo sunt casus, ubi ex lata culpa quis potest condemnari ad mortem.“

47) Raph. Fulgosius, C. de priv. carcer. l. 1 no. 3. „Nota iudices negligentes puniri eo crimine, quo neglecto, quod admittendum puto, quibus est expressam. Caeterum ex negligentia, quae solet in latam culpam cadere, ut ita puniatur ut dolosus homo“

48) Fulgos. C. de his quibus ut indignis, l. talis no. 1. „Servos pro salute dominorum vitae periculum subire debere . . . id est sub poena amittendae vitae, si non fecerint“; no. 3: auch bei culpa; no. 4: „bene nota, quod in ultimo supplicio punitur culpa“.

49) Caepola, Cons. 30, 31, 33 u. a. — Francisc. de Accoltis (Aretin.), Cons. 80 no. 7 u. 146 no. 11. — Ph. Decius, Cons. 9 no. 1 u. 3, Cons. 482 no. 6 ff. u. 622 no. 1 f.

50) Hipp. de Marsil. Cons. 91 no. 24—29. „Non solum quantum ad imponendam poenam mortis, sed etiam quantum ad imponendam poe-

Carerius an⁵¹⁾. Alciat vertritt die Meinung des Bartolus⁵²⁾, seiner ganzen Auffassung nach wohl auch Decian, der sich über die Straffrage jedoch nicht äußert.

Cagnolus und Bargalius scheiden nach dem Vorgange des Zasius⁵³⁾ auch hinsichtlich der Strafbarkeit scharf die culpa lata ignaviae und versutiae. Die erste werde nie, die zweite stets dem Dolus auch kriminell gleichbehandelt. Cagnolus sagt, durch die Unterscheidung von culpa versutiae und desidiae werde die Kontroverse über die kriminelle Strafbarkeit der culpa lata endlich aus der Welt geschafft. Die von manchen angeführten Ausnahmefälle seien eben culpa versutiae. „Ubi est lata culpa versutiae et maliciae, tunc aequiparatur dolo et venit in qualibet dispositione de dolo loquente, secus in lata culpa desidiae et negligentiae“⁵⁴⁾. — Ebenso Bargalius, der die von Salicet und Angelus angeführten Fälle als culpa versutiae bezeichnet⁵⁵⁾. — Farinacius führt alle Meinungen an und scheint sich für keine recht entscheiden zu können⁵⁶⁾.

III. Durch die allgemeine Anerkennung des Grundsatzes, daß nach den römischen Quellen wenigstens in der Regel die Culpa milder als Dolus zu strafen sei, und zwar mit einer poena extraordinaria nach richterlichem Ermessen „pro modo culpa“, war für die italienische Praxis diese Frage noch

nam corporalem lata c. non aequip. dolo sec. Glo.“. Bossius, de homicid. no. 67 f. Clarus, Sentent. § practica crim. qu. 84. — Menochius, de arbitr. jud. cas. 324 no. 1 ff.

51) Jason, II. D. v. de in lit. jurand. l. in actionib. no. 23 u. 26. Als Ausnahmefälle führt er an: culpose Vergiftung u. die Amtsdelikte des custos reorum und custos arcis (no. 24). Carerius, de homic. S. 317 Punkt 14 no. 1; S. 244 no. 47 führt er als Ausnahme an: die nachlässigen Richter (l. 1 C. de priv. carc.) u. den culposen custos.

52) Alciat. D. n. de V. S. l. magna negl. (224) no. 7 ff.

53) über Zasius cf. oben § 23, insb. Anm. 9.

54) Cagnolus, de reg. jur. l. contractus no. 10 u. 11.

55) Bargalius, de dolo V. cap. 2 qu. 8 no. 49 ff. u. 53.

56) Farinacius, de poen. temper. qu. 87 no. 46 ff. (Fälle, wo c. l. dem Dolus gleich gestraft wird), no. 60 (wie Cagnolus). Cons. II, 153: „l. c. dolo non aequip. in corporalibus.“

keineswegs entschieden, da es in allen Staaten besondere Strafgesetze gab, die in erster Linie anzuwenden waren.

Die Kriminalstatuten der italienischen Städte und Herzogtümer waren oft wenig mehr als Verzeichnisse von Verbrechen und entsprechenden Strafsätzen und gaben über allgemeine oder spezielle Fragen anderer Art wenig Auskunft. In der Regel erwähnten sie in ihren Strafsätzen weder Dolus noch Culpa, sondern setzten auf die That die meist absolut bestimmte Strafe. Hinsichtlich der Tötung wird von vielen angeführt: es heiße in den Statuten einfach „occidens occidatur“, oder „si quis occiderit“, „si quis homicidium fecerit“, — „poena mortis puniatur“⁵⁷⁾. Nach Menochius heiße es im „Statutum in civitate Callii“ bloß: „si quis homicidium fecerit vel fieri fecerit, capite puniatur“, und im „Statutum Papiae“: „homicida capite mulctandum est, ita quod moriatur.“ Fast dieselben Worte werden nach Menochius gebraucht in den „Novae Constitutiones Mediolani“, in den Statuten von Verona, von Padua u. a.⁵⁸⁾.

Da nun die Statuten stricti juris sind und jede Interpretation oder Extension ausdrücklich verbieten⁵⁹⁾, glaub-

57) So Bartolus, C. ad l. Cor. de sic. l. 2 § is qui —, Salicet. eod. l. is qui cum telo no. 3. — Tartagnus, Cons. II, 140 no. 2 u. 4 —, Jason, II. D. v. de in lit. jurand. l. in action. no. 26, — Hipp. de Marsil. Cons. 67 no. 42, C. 91 no. 10, C. 137 no. 4 u. a.

58) Menochius, de arbitr. jud. Cas. 284 no. 27—30. Nach Decian, tr. crim. IX, cap. 32 no. 8 heiße es in den Statuten v. Mailand nur: „[quod] qui homicidium commiserit, poena mortis puniatur.“ cf. dagegen Stat. v. Bologna v. 1389: poena arbitr. f. culp. Tötung. Zit. bei Rich. Schmidt, Aufgaben d. Strafr.-Pflege (1895) S. 192, Anm. 4 u. 6.

59) So sagt Gandinus, de transact. et pactis in maleficiis. no. 26: „Statuta terrarum sunt stricti juris et sterilia tanquam mulae, et sic nullam interpretationem et subauditum intellectum recipiunt, sed secundum eorum verba juxta grammaticalem intellectum stricte et rigide sunt intelligenda, et secundum rudem et primam significationem.“ — cf. Albericus, sup. Statutis I. qu. 1: „Statuta sunt stabiliter, firmiter et tenaciter observanda, nec ab eorum verbis est recedendum, quia sunt stricti juris.“ So nach Jac. Butrigar. u. com. opin. Dd.“ (qu. 2). — cf. auch Baldus, D. v. qui

ten viele Richter auf Grund des allgemeinen Wortlautes alle Fälle gleich behandeln, und das culpose gleich dem dolosen Delikt mit derselben vorgeschriebenen Strafe belegen zu müssen. Gegenüber dem Einwand, daß die Statuten nur die dolose Begehung im Auge hätten, beriefen sie sich darauf, daß eine Interpretation verboten sei, und hielten ihren Gegnern die Aussprüche der bedeutendsten Autoritäten entgegen, die die Richter ermahnen, sich strikt an die Worte des Gesetzes zu halten. Diese Ermahnungen beziehen sich aber in der That nur auf willkürliche Abweichung vom Gesetz⁶⁰⁾ und garnicht auf diesen Fall, mit Ausnahme einer Stelle des Baldus, wo allerdings bei lata culpa die Anwendbarkeit der poena Statuti zugegeben wird⁶¹⁾.

Die Rechtslehrer und Advokaten waren in dieser Frage ganz einig, indem sie hier eine Interpretation der Statuten für zulässig hielten. Sie betonten, daß die Strafsätze dieser sich nur auf Dolus bezögen, über die Culpa garnichts

not. infam. l. quid ergo, § poena grav. Repet. no. 5. cf. Anm. 60. Das Verbot der Interpretation und Extension erwähnt Decian, a. a. O.

60) cf. vorige Anmerkung und insbes. die Aussprüche des Baldus, Infort. (D.) de liber. et postum l. Gallus § si ejus: „decretum est tenaciter observandum et ejus verbis inhaerendum, nec ab eo est recedendum, licet durum sit.“ — Jason, Cons. IV, 147 no. 1 zitiert aus Baldus Consilen: „Baldus dicit: nota bene, tu assessor, quod decretis seu statutis municipalibus debes inhaerere, et quod sufficit servare illud, quod Statuta volunt. — Et alibi Baldus dicit, quod omnis assessor debet habere prae oculis illam legem, quae dicit, quod in dubio melius est verbis decreti deservire.“ — cf. Al. Tartagnus, Cons. VII, 45 no. 3: „Statuta debent servari ad literam.“

61) Baldus, IV. C. de pign. act. l. quae fortuitis am Ende: „Et est in poenis Statutorum: si statutum non facit doli mentionem, nec nos facere debemus, quia non debemus statutum glosare ex nobis ipsis. Tamen si poena atrox imponitur per statutum, requiritur lata culpa, quia levis culpa non est talis culpa, quam lex abhorret.“ — Es handelt sich hier um Feststellung des Unterschiedes von lata und levis culpa; dieser Satz ist daher mehr als bloßes Zugeständnis, daß höchstens lata culpa mit Kapitalstrafe belegt werden könne, aufzufassen, nicht als Regel. Freilich konnte sich nun die Praxis auf diese Stelle des Baldus berufen. cf. o. S. 227.

bestimmten; da aber beim Schweigen der Statuten das *jus commune* zur Anwendung komme, so seien die culposen Delikte nach gemeinrechtlichen Grundsätzen milder zu strafen.

Cinus ist mit Jacobus de Arena der Meinung, daß unter Umständen eine Interpretation und Extension der Municipalstatuten nach *jus commune* sehr wohl zulässig sei⁶²).

Gandinus bemerkt im allgemeinen: „*secundum veriore intellectum et opinionem com. Dd. statuta intelliguntur secundum determinationem juris communis et ejus interpretationem*“⁶³). Gandinus ist stets für mildere Culpastrafe auf Grund des *jus commune*. Auch scheint zu seiner Zeit die Praxis meist diesen Standpunkt geteilt zu haben. Gandinus weist gerade auf die Praxis hin: er habe zu Modena oft Verurteilungen wegen culposer Tötung erlebt, aber stets mit milderer Strafe als für dolose⁶⁴).

Albericus de Rosato führt aus⁶⁵): Die Statuten sind allerdings *stricti juris*, aber nur „*illa statuta sunt stricti juris, quae sunt contra jus commune*“. Daher hebt die *poena statuti* die *poena legis* auf, obgleich einige, wie Dinus meinen, daß beide Strafen anwendbar seien. Wegen dieses Zweifels wäre eine Deklaration des Kaisers sehr wünschenswert. „*Communiter tamen totus mundus servat, quod per poenam Statuti tollitur in totum poena juris communis*.“ In diesem Sinne hätten sich auch mehrere Juristencongresse ausgesprochen⁶⁶). Die dem *jus commune* nicht widersprechenden Statutarsätze werden jedoch nach *jus commune* ausgelegt. Hieraus ergibt sich schon, daß nach Albericus beim Schweigen der Statuten

62) Cinus, C. quae sit longa consuetudo l. praeses. no. 3 u. 4, und de accus et inscript. l. non ideo, Additio. — Auch Raph. Fulgosius, C. de accus. et inscr. l. non ideo, no. 3 beruft sich auf Jacob. de Arena.

63) Gandinus, de transact. etc. no. 26. cf. auch de bannitis pro malef. no. 16 und de observantia Statutorum.

64) Gandin. de homicidiar. no. 20 u. 23.

65) Albericus, super Statutis I, qu. 2 u. 8.

66) a. a. O. qu. 8.

das gemeine Recht in subsidium gilt. So entscheidet er auch inbetreff der Culpastrafe⁶⁷⁾

Auch Baldus sagt wiederholt: „Statutum debet intelligi, prout est possibile, secundum jus commune“⁶⁸⁾. Die poena statuti hebe zwar die poena juris communis auf insbesondere, wenn sie humaner und milder sei⁶⁹⁾, aber „cessante statuti dispositione non cessat jus commune“⁷⁰⁾. Gegen die Praxis richtet Baldus dann folgende Erklärung in betreff der Culpastrafe: „Si statutum praecise punitur homicidium ad mortem et non facit doli mentionem, tamen judex, ubi non est dolus, debet sententiam temperare. Nam Statuta restringuntur per rationem juris communis. Nam voluntas et propositum distinguunt maleficia, et affectio tua operi tuo nomen imposuit“⁷¹⁾. Die Statuten seien überhaupt nach dem tieferen Sinn (ratio), nicht nach dem Buchstaben zu begreifen: „mens est sicut animus, verbum sicut corpus“⁷²⁾.

Unter den Rechtslehrern ist hierüber kein Streit. Die frühere, von der Praxis ausgenutzte Bemerkung des Baldus wird allgemein zurückgewiesen durch Hinweis auf die zuletzt angeführte. Die formalistischen Richter werden von allen verurteilt. Jedoch scheint das anfangs wenig Eindruck gemacht zu haben.

Alexander Tartagnus sagt: Da die Statuten nur das dolose homicidium mit Strafe belegen, so ist das culpose nach jus commune milder zu strafen. Viele „ignorantes judices“ wollen das aber nicht einsehen⁷³⁾.

Auch von hervorragenden Praktikern und Advokaten wurde gegen den Formalismus der Richter energisch angekämpft. So

67) Albericus II. D. n. ad l. Cor. de sic. l. in lege no. 4 u. s. Statut. III, qu. 59.

68) Baldus, Cons. II, 58 no. 5.

69) Baldus, Cons. I, 250 no. 12 u. V, 382 no. 16.

70) Baldus, Cons. IV, 123 no. 2.

71) Baldus, IX. C. qui accusare non poss. l. 11 data opera no. 7.

72) Baldus, VI. C. de furt. l. 20 no. 7.

73) Al. Tartagnus, Cons. II, 140 und I, 109 no. 5: „Statutum debet interpretari secundum jus com., ne quis poenam indebite puniatur“.

greift der Advokat Angelus de Castro, nachdem er im Prozeß „Johannes ab Aggere“ Culpa konstatiert hat, die Praxis scharf an. Es sei in den Municipalstatuten selbstverständlich nur von doloser Tötung die Rede. Das meine auch Bartolus. Von jenen Richtern sagt er: „Non intelligentes verba Bartoli nec ejus mentem credunt: quod pro homicidio commisso etiam sine dolo et animo occidendi imponenda sit poena mortis ex forma statuti, cujus verbis inhaerendum sit judaeorum more. Nec considerant scripturam dicentem: litera occidit, spiritus autem vivificat, nec etiam considerant inconveniens, quod sequeretur ita intelligendo, quia sequeretur, quod pro homicidio commisso etiam culpa levissima, quinimmo etiam casu, esset imponenda poena mortis!“⁷⁴⁾ Auch sein Kollege Antonius de Rosellis bemerkt, daß viele Richter, „qui non intelligerent bene mentem juris“, in solchen Fällen die Todesstrafe verhängen wollen⁷⁵⁾. Ebenso sagt ihr Gegenadvokat Caepola öfter: wenn manche „ignorantes assessores“ bei culposer Tötung auf Grund des Buchstabens des Gesetzes keinen Unterschied bei der Strafe zu machen pflegen, so sei das „contra omnem aequitatem“; Culpa sei stets milder und nie mit dem Tode zu bestrafen⁷⁶⁾.

In späterer Zeit scheint es noch schlimmer geworden zu sein. Jason sagt in seinem Kommentar: die mildere Strafbarkeit der culpa lata sei in Frage gestellt, „quia judices malefactorum volunt intelligere verba Statuti ad literam“. Für diese Meinung spräche zwar, was Baldus an einer Stelle sage, aber: „teneas intrepide contrarium, quod tale statutum non vendicat sibi locum, nisi homicidium sit factum dolo“. Das sei eine „communis conclusio Doctorum“. Richtig sage daher Baldus: „Statuta poenalia semper intelliguntur habere clausulam in se: si delicta fuerint dolo commissa“⁷⁷⁾. — Ein Be-

74) Angel. de Castro bei Caepola, Cons. 37. cf. oben § 13 S. 91 f.

75) Ant. de Rosell. bei Caepola, Cons. 38.

76) Caepola, Cons. 30 u. 31, ähnl. 33.

77) Jason, II. D. v. de in litem jurand. l. in actionib. no. 26, 27

weis sowohl für die Hartnäckigkeit der Richter als für das Ansehen des Baldus in Doktrin und Praxis ist das außerordentlich große Gewicht, das auf jene Erklärung des Baldus über die Auslegung der Statuten gelegt wurde. Jason berichtet: Paulus Castrensis sage: „*decisio Baldi est perpetuo tenenda menti, quia ignorantes iudices servant statuta ad literam, prout jacent, sive commiserint homicidium dolose, sive non*“; und Salicet sage: „*nisi habuisset auctoritatem Baldi scriptam, non potuisset evadere unum a poena mortis: eo, quia iudices maleficiorum volunt praecise observare statuta ad literam, prout jacent; et male faciunt*“⁷⁸⁾. — Auch Hippolytus de Marsiliis beruft sich ausschließlich auf Baldus⁷⁹⁾. Er erzählt von Paulus Castrensis, daß dieser in einem Falle culposer Tötung den Angeklagten nur durch Baldus Autorität vom Tode gerettet habe. Die Richter hätten dem Paulus auf seine Verteidigung erwidert: „*verba Statuti debere servari ad unguem*“. Da habe er ihnen jenen Ausspruch des Baldus bei der l. data opera C. qui accus. non poss. vorgehalten⁸⁰⁾. — Philipp Decius sagt freilich: diese Entscheidung des Baldus sei gar nicht so singulär, wie Paulus Castrensis behaupte, schon Bartolus und andere Dd. hätten dasselbe gesagt⁸¹⁾.

Im 16. Jahrhundert verschwindet diese Streitfrage, und die Praxis scheint sich der Doktrin allgemein gefügt zu haben. Es kommen keine Klagen mehr vor, und die Ansicht, daß auch für culpa lata nie die poena statuti eintreten könne, sondern nach jus commune eine arbiträre Strafe zu verhängen sei, wird

u. 29. — no. 30: Nur wenn das Statut sagte: wer immer auf irgendwelche Weise ein homicidium begeht, wird mit dem Tode bestraft, nur dann müßte auch für Culpa diese Strafe verhängt werden.

78) Zitiert v. Jason, Cons. I. 137 no. 1.

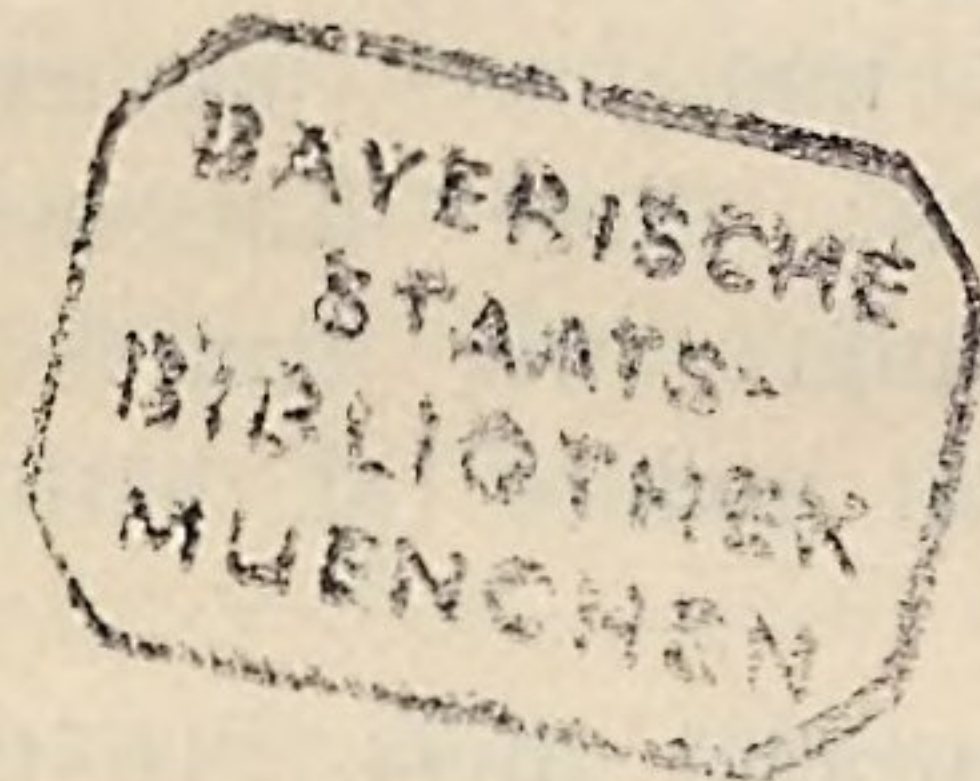
79) Hipp. de Marsil. Cons. 91, no. 9. Im Sinne der Doktrin plädiert er: Cons. 25, no. 2 ff. u. 67, no. 12.

80) Hipp. de Marsil. Cons. 137, no. 4.

81) Ph. Decius, Cons. 9 no. 1 u. 2.

als allgemein anerkannt und selbstverständlich erwähnt⁸²⁾.
Alciat sagt: „id est receptissimum!“

82) Bossius, de homicid. no. 68. — Carerius, tr. crim. de homic. S. 214 qu. III, no. 8. — Alciat, D. de V. S. l. 224 (magna negl.) no. 8. — Menochius, de arbitr. jud. Cas. 324 no. 1, 4, 7. — Farinacius, de homicid. qu. 126 no. 50. — Decian, IX. cap. 36, no. 5 rügt die Verhängung der Dolusstrafe für Culpa fälschlich an Caepola, als wenn hierin die Meinungsverschiedenheit zwischen diesem und seinen Prozeßgegnern (Angel. de Castro u. Kollegen) bestanden hätte.



Verlag von DUNCKER & HUMBLOT in Leipzig.

Abriss
des
römischen Staatsrechts.

Von
Dr. Theodor Mommsen,
Professor an der Universität Berlin.
Preis 8 M. 40 Pf., gebunden 10 M. 90 Pf.

Geschichte
der
Litteratur und Quellen des Römischen Rechts.

Von
Dr. Paul Krüger,
Professor an der Universität Bonn.
Preis 9 M., gebunden 11 M. 50 Pf.

Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts.

Von
Rudolph von Jhering.
Einleitung. — Verfassung des römischen Hauses.
Aus dem Nachlass herausgegeben. Preis 3 M., gebunden 4 M. 50 Pf.

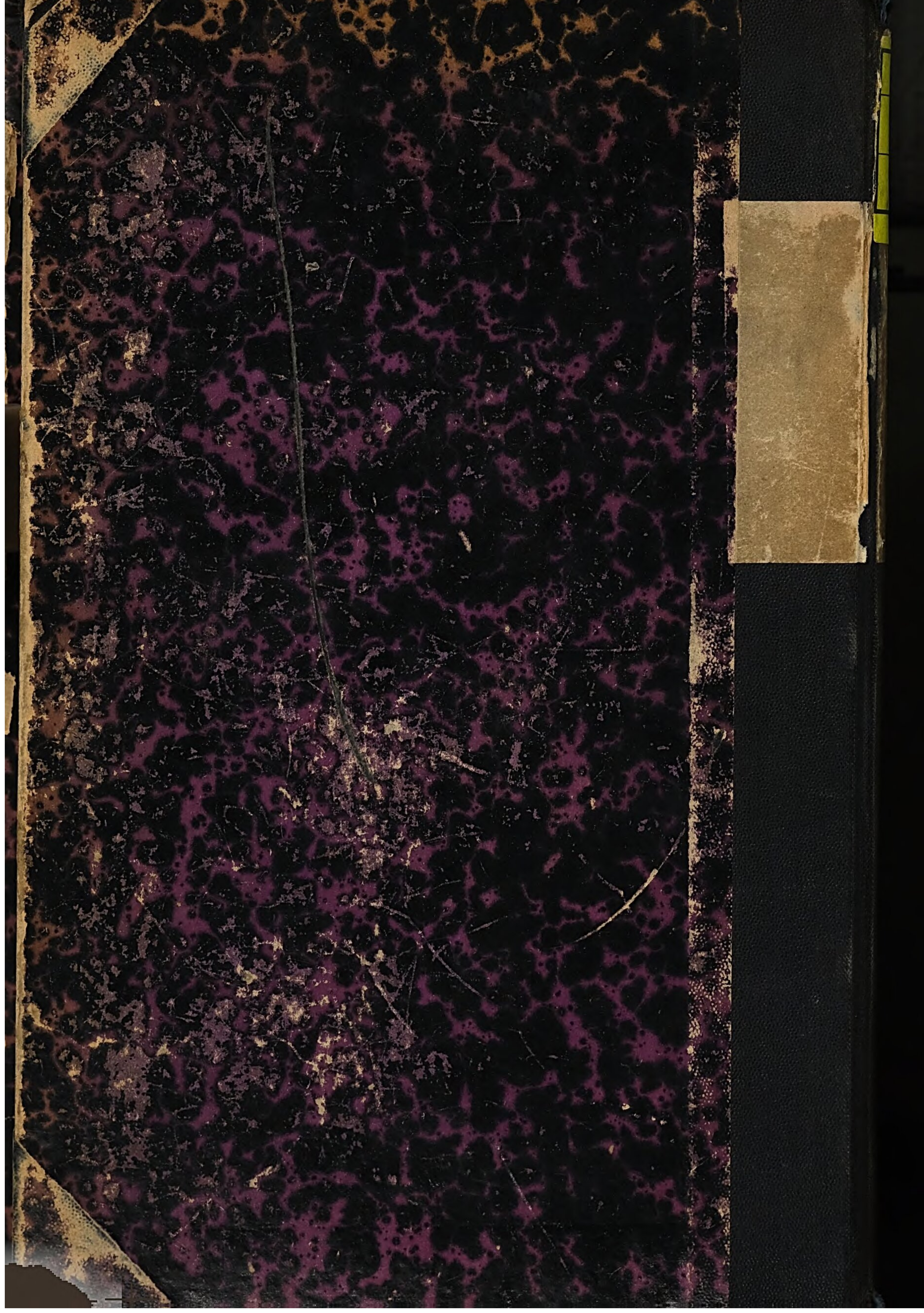
Römische Prozessgesetze.

Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens.

Von
M. Wlassak.
2 Bände. Preis 15 M.

Die Aufgaben
der
Strafrechtspflege.

Von
Dr. Richard Schmidt,
Professor an der Universität Freiburg i. B.
Preis 6 M.



Engelmann, Woldemar,

Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung eine
historisch-dogmatische Darstellung der kriminellen Schuldlehre der
italienischen Juristen des Mittelalters seit Accusius

Leipzig 1895

Crim. 83 d

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11583904-6